

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Gerli Helene Gritsenko

**KONKURENTSIÕIGUSEST TULENEVAD PIIRANGUD ÜHISPAKKUMUSE JA
ÜHISTAOTLUSE KAUDU KOOSTÖÖ TEGEMISE SEADUSLIKKUSELE
RIIGIHANGETES**

Magistritöö

Juhendajad
PhD Carri Ginter
LLM Kadri Härginen

Tartu
2020

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. ÜHISPAKKUMUSE JA ÜHISTAOTLUSE SEADUSLIKKUSE ÜLDISED EELDUSED	8
1.1. Keelatud kokkulepete regulatsiooni kohaldumise eeldused.....	8
1.2. Ettevõtja mõiste sisustamine	10
1.3. Kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse sisustamine .	13
2. ÜHISPAKKUJATE JA ÜHISTAOTLEJATE KONKURENTIDEKS KVALIFITSEERIMINE	18
2.1. Asjaomase turu määratlus riigihangete kontekstis	19
2.2. Tegelikud konkurendid riigihangete kontekstis	24
2.3. Potentsiaalsed konkurendid riigihangete kontekstis.....	30
3. ÜHISPAKKUJATE VÕI ÜHISTAOTLEJATE TEGEVUSES KONKURENTSI KAHJUSTAVA EESMÄRGI VÕI TAGAJÄRJE TUVASTAMINE	38
3.1. Konkurentsi kahjustav eesmärk riigihangete kontekstis	39
3.2. Konkurentsi kahjustav tagajärg riigihangete kontekstis.....	48
4. ÜHISPAKKUMUSE VÕI ÜHISTAOTLUSE KAUDU KOOSTÖÖ TEGEMISE SEADUSLIKKUS KONKURENTSIREEGLITE RIKKUMISE KORRAL.....	54
4.1. Koostööst tulenev objektiivne kasu riigihangete kontekstis.....	55
4.2. Kasumi õiglasel määral tarbijateni jõudmine riigihangete kontekstis.....	60
4.3. Kehtestatud piirangute hädavajalikkus riigihangete kontekstis.....	62
4.4. Konkurentsi kõrvaldamise keeld toodete olulise osa suhtes riigihangete kontekstis	65
KOKKUVÕTE	68
RESTRICTIONS ARISING FROM COMPETITION LAW ON THE LEGALITY OF JOINT BIDDING IN PUBLIC PROCUREMENTS. Summary	73
KASUTATUD LÜHENDID	78
KASUTATUD MATERJALID.....	80
Kasutatud kirjandus	80
Kasutatud õigusaktid	82
Kasutatud kohtupraktika.....	83
Muud allikad.....	86
LISA 1	89
LISA 2	90
LISA 3	91

SISSEJUHATUS

Nii konkurentsioigus kui ka riigihankeoigus on Euroopa Liidu õiguses kesksel kohal. Mõlemad õigusvaldkonnad on olulised ühtse siseturu loomiseks ja selle toimimiseks. Samuti on mõlemad valdkonnad olulised Euroopa Liidu põhivabaduste¹ tagamiseks. Sellele vaatamata on nii konkurentsioigus kui ka riigihankeoigus arenenud teineteisest sõltumata ning eraldi. Traditsiooniline lähenemine Euroopa Liidu õiguses näeb kahte valdkonda iseseisvatena siseturu loomise ja toimimise suhtes.² Kahe valdkonna puutepunktis on aga ühispakkumused.

Riigihangete seaduse (edaspidi RHS)³ §-st 7 lg 4 tuleneb, et üldjuhul on ettevõtjatel õigus esitada ühispakkumus või ühistaotlus.⁴ Riigihangete seadus ei reguleeri, millistel juhtudel on ühispakkumuse või ühistaotluse esitamine keelatud.⁵ Kuni 01.09.2017 kehtinud RHS⁶ § 44 lg 5 järgi ei võinud pakkuja esitada ühispakkumust, kui ta esitas pakkumuse üksi või kui ta esitas ühispakkumuse koos teiste ühispakkujatega. Pakkuja ei võinud esitada pakkumust, kui ta oli andnud teisele pakkujale nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel. Sarnane regulatsioon kehtivas riigihangete seaduses puudub.

Kuigi riigihangete seadus ei reguleeri, millistel juhtudel on ühispakkumuse või ühistaotluse esitamine keelatud, võib hankija RHS § 95 lg 4 p 5⁷ alusel kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja konkurents kahjustava kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse tõttu. Riigihangete seadus ei reguleeri konkurents kahjustava kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse keeldu. Konkurentsiseaduse (edaspidi KonkS)⁸ teises peatükis on sätestatud konkurents kahjustava kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse keeld. Seetõttu tulenevad piirangud ühispakkumuse ja ühistaotluse kaudu koostöö tegemise seaduslikkusele konkurentsioigusest mitte riigihankeoigusest.

¹ Euroopa Liidu neli põhivabadust on kaupade, teenuste, isikute ja kapitali vaba liikumine liikmesriikide piires.

² Sanches Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules. Second Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2015, lk 3.

³ Riigihangete seadus. – RT I, 13.03.2019, 145.

⁴ Simovart, M. A., Parrest, N. RHS § 7/10. – Riigihangete seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2019. Vt ka RHS § 7 lg 4.

⁵ Mõõndustega võiks RHS § 107 lg-t 3 pidada keeluks, kuivõrd annab hankijale õiguse teada ja nõuda, et pakkuja või taotleja teeks mõned olulised tööd hankelepingu ise, kuigi ühispakkujaid käsitletakse ühe pakkujana riigihangete seaduse mõttes. Sellisel juhul saavad aga ühispakkujad enda seast ühe hankijale nimetada, mistõttu oleks keeld ületatav.

⁶ Riigihangete seadus. – RT I, 25.10.2016, 20.

⁷ RHS § 95 lg 4 p 5 on kooskõlas selle aluseks olevate direktiividega. Vt selle kohta Parind, M. RHS § 95/59.

⁸ Konkurentsiseadus. – RT I, 13.03.2019, 92.

Eeltoodust tulenevalt on magistritöö peamiseks eesmärgiks välja selgitada, millistel tingimustel on riigihangetes ühispakkumuse või ühistaotluse kaudu koostöö tegemine tulenevalt konkurentsioiguse piirangutest seaduslik ning kuidas neid tingimusi sisustada. Magistritöö kõrvaleesmärgiks on anda juhised ühispakkumuste ja ühistaotluste kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse tuvastamisele.

Riigihankedirektiivides⁹ nimetatud üks riigihanke üldpõhimõtetest on konkurentsi piiramise keeld, kuivõrd ühtse siseturu ja tõhusa konkurentsi kontekstis on Euroopa Liidu õiguse huvides, et oleks tagatud võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest.¹⁰ Riigihankedirektiivides nimetatud üldpõhimõtted baseeruvad Euroopa Liidu toimimise lepingus (edaspidi ELTL)¹¹ sätestatud alusvabadustel.¹² Riigihankedirektiivide eesmärk on edendada konkurentsi tekkimist riigihangete valdkonnas. Konkurentsi edendamise eesmärgiks on, et liikmesriikide ettevõtjate toodetud kaubad ja osutatud teenused käibiks kogu Euroopa Liidu territooriumil vabalt ning tekiks avatud ja aus konkurents kõikides liikmesriikides.¹³ Konkurentsi efektiivse ärakasutamise tagamiseks riigihangetes on ette nähtud võimalus esitada ühispakkumusi, mis loob väikeettevõtjatele võimaluse riigihankes osalemiseks.¹⁴ Seetõttu saavad ühispakkumuse abil riigihankes osaleda ka need ettevõtjad, kes ei ole iseseisvalt võimalised hankelepingut täitma.¹⁵

Kui riigihangete õigus on suunatud avalik-õiguslike piirangute kaotamisele, soodustamaks kaupade ja teenuste vaba käibimist, on konkurentsioigus suunatud eraõiguslike piirangute kaotamisele, mis kahjustab tarbijate heaolu.¹⁶ Keelatud kokkulepete regulatsioon lisati Euroopa Liidu aluslepingutesse võitlemaks kartellide vastu.¹⁷ Tänapäeval peetakse konkurentsioiguse

⁹ Kolm uut riigihankedirektiivi võeti vastu 17.04.2014: 1) Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/23 kontsessioonilepingute sõlmimise kohta; 2) Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/24 riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta; 3) Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/25 milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ.

¹⁰ Kuusmann, T. RHS § 3/3; EKo C-538/07, *Assitur Srl versus Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, p 26.

¹¹ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid (2016/C 202/01). – ELT C 202, 07.06.2016, lk 1-388.

¹² Kuusmann, T. RHS § 3/3; direktiiv 2014/24/EL, põhjendus 1.

¹³ Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007/VIII, lk 565; Ginter, C., Härginen, K. Sisetehingu reegel riigihankeõiguses. Jäätmeveo ja -käitluse näide. – *Juridica* I/2016, lk 5.

¹⁴ TlnHKO 21.06.2016, 3-16-924, p 16; Ojasalu, T, lk 566. Vt ka RHS § 2 lg 1, mille kohaselt on riigihangete seaduse üks eesmärk tagada konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel ning RHS § 3 p 3, mis sätestab riigihanke korraldamise üldpõhimõttena konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõtte.

¹⁵ TlnHKO 21.06.2016, 3-16-924, p 16.

¹⁶ Sànches Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules, lk 3-4.

¹⁷ Chiriță, A. D. A Legal-Historical Review of the EU Competition Rules. – *International & Comparative Law Quarterly* 2014, Volume 63, Issue 2, lk 286.

peamiseks eesmärgiks tarbijate heaolu tagamist. Konkurentsioiguse eesmärgiks peetakse ka konkurentsi kui sellise tagamist.¹⁸ Kuivõrd kahel õigusharu on olnud erinevad objektiivsed eesmärgid, ei ole nähtud nende kahe integreerumist.¹⁹

Autor valis antud magistritöö teema, sest kaks Euroopa Liidu olulist õigusharu põrkuvad ühispakkumuste raames, kus ühest küljest soodustatakse ühispakkumuste esitamist konkurentsi efektiivseks ärakasutamiseks ning teisest küljest piiratakse konkurentidevahelist koostööd, vältimaks tarbijate heaolu ning konkurentsi kui sellise kahjustumist. Kuivõrd kahte õigusharu on nähtud eraldiseisvatena ning tähelepanu ei ole pööratud õigusharude puutepunktidele, puudub selgus, millistel juhtudel on riigihangetes ühispakkumuse või ühistaotluse kaudu koostöö tegemine seaduslik ning millistel mitte. Teema aktuaalsus tuleneb asjaolust, et teadlikkus kahe õigusharu puutepunktidest on tõusnud ning Euroopa Liidu liikmesriikide konkurentsiametid on hakanud tuvastama keelatud kokkuleppeid riigihangetes ühispakkumuste raames.²⁰ Kuivõrd Euroopa Kohus ei ole küsimusega tegelenud, puudub ühtne arusaam, kuidas konkurentsioiguse reegleid rakendada ühispakkujate suhtes.²¹ Tõenäoliselt hakkab ka Eesti Konkurentsiamet lähitulevikus ühispakkujatevahelist koostööd riigihangete raames hindama.

Erilise tähelepanu all on olnud teema Skandinaavia maades.²² Autor valis seetõttu eeskujuks Skandinaavia maade kohtulahendid. Samuti on Skandinaavia maades Eesti Vabariigi õigussüsteemile sarnane õigussüsteem ning Skandinaavia maade kohtulahendid on vabalt kättesaadavad. Samuti puuduvad Eestis allikad, mis ühispakkumuste ja ühistaotluste ebaseaduslikkuse teemat käsitleksid. Rahandusministeeriumi 2007. aasta riigihangete juhises on märgitud, et konkurentsioiguse normide valguses on ühispakkumuse esitamine lubatav vaid juhul, kui ühispakkumuse esitamine on ettevõtjale hankemenetluses osalemiseks vältimatult vajalik.²³ Rahandusministeeriumi 2014. aasta riigihangete juhises on märgitud, et

¹⁸ Chalmers, D., Davies, G., Monti, G. European Union Law: Text and Materials 4th edition. Cambridge: Cambridge University Press 2019, lk 867; Jones, A., Sufrin, B. EU Competition Law. Text, Cases, and Materials. New York: Oxford University Press 2016, lk 119.

¹⁹ Sanches Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules, lk 3-4.

²⁰ Gomez, L. jt. A warning shot across the bows of global competition law compliance programmes: antitrust scrutiny of joint bidding arrangements around the world. – European Competition Law Review 2018, 39(10), lk 430-435; Kjær-Hansen, E., Alsing, J. Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law. – Journal of European Competition Law & Practice 2019, Vol. 10, No. 4, lk 241; Moldén, R. Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective. – Some Proposals for Better Interaction. – Europarättslig tidskrift 2012, nr 4, lk 557.

²¹ Ritter, C. Joint Tendering Under EU Competition Law. – SSRN 01.02.2017. <https://ssrn.com/abstract=2909572> (16.04.2020), lk 3.

²² Sanches Graells, A. Competition and Public Procurement. – Journal of European Competition Law & Practice 2018, Volume 9, Issue 8, lk 551-552; Gomez, L. jt, lk 430-435.

²³ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn 2007. – <https://www.digar.ee/arhiiv/et/raamatud/11844> (19.04.2020), lk 74.

ühispakkumus esitatakse siis, kui ettevõtja ei ole üksinda suuteline kogu hankelepingu täitma. Viide konkurentsioigusele puudub.²⁴ Rahandusministeeriumi kodulehel on märgitud, et ühispakkumuse esitamisel tuleb alati arvestada konkurentsiseadusest tulenevate piirangutega. Täpsema teabe saamiseks soovitatakse pöörduda Konkurentsiameti poole.²⁵ Konkurentsiameti kodulehel vastava teema kohta informatsioon puudub.

Selguse loomine, millistel juhtudel on ühispakkumuse või ühistootluse kaudu koostöö tegemine seaduslik ning millistel mitte, on oluline mitte ainult seetõttu, et keelatud koostöö võib kaasa tuua riigihankemenetlusest kõrvaldamist RHS § 95 lg 4 p 5 alusel, vaid kaasneda võib ka kriminaalvastutus karistusseadustiku (edaspidi KarS)²⁶ § 400 lg 2 kohaselt. Karistusseadustiku kohaselt võib rikkumise tagajärjel kaasneda rahaline karistus või ühe- kuni kolmeaastane vangistus.²⁷ Skandinaavia maades määratud karistused on olnud 1,2 miljonit Rootsi krooni kummalegi ühispakkujale,²⁸ 250 000, 400 000 ja 2,2 miljonit Norra krooni ühispakkuja kohta.²⁹ Eestis on tehtud üks kriminaalkolleegiumi otsus,³⁰ milles kriminaalkolleegium analüüsis põhjalikult keelatud kokkumängu riigihangetes, ning millele on kolleegium oma hilisemates lahendites ka viidanud. Tegemist ei olnud aga ühispakkujatevahelise keelatud koostööga.

Seatud eesmärkidest johtuvalt on magistritöö jaotatud neljaks peatükiks, lähtudes ühispakkumuse või ühistootluse kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse tingimuste tuvastamise ning nende sisustamise loogikast. Autor lähtub seejuures ELTL art 101 lg-st 1 ja KonkS § 4 lg-st 1, mis sätestavad konkurentsi kahjustava kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse keelu. Esimene peatükk käsitleb keelatud kokkulepete regulatsiooni kohaldumise üldisi eeldusi. Teine peatükk käsitleb ühispakkujate ja ühistootlejate

²⁴ Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014. – https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1_riigihangete_juhis.pdf (19.04.2020), lk 145.

²⁵ Rahandusministeeriumi kodulehekül. Korduma kippuvad küsimused. – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/1023> (19.04.2020).

²⁶ Karistusseadustik. – RT I, 19.03.2019, 30.

²⁷ KarS § 400 lg 2: Konkurentidevahelise kokkuleppe, otsuse või kooskõlastatud tegevuse eest, sealhulgas riigihankes osalemisel, kui sellega: 1) määratakse otseselt või kaudselt kolmandate isikute suhtes kindlaks hind või muud kauplemistingimused; 2) piiratakse tootmist, teenindamist, kaubaturgu, tehnilist arengut või investeerimist või; 3) jagatakse kaubaturgu või varustusallikat, piiratakse kolmanda isiku pääsu kaubaturule või püütakse teda sealt välja tõrjuda – karistatakse rahalise karistuse või ühe- kuni kolmeaastase vangistusega.

²⁸ Kokku 2 479 000 Rootsi krooni, mis on umbes 228 000 eurot. Vt Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014. – <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/read-the-judgment-t-18896-10-in-swedish-18mb.pdf> (12.04.2020), lk 149.

²⁹ 250 000 Norra krooni on umbes 22 200 eurot, 400 000 Norra krooni umbes 35 500 eurot ja 2,2 miljonit Norra krooni umbes 195 000 eurot. Vt The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017. – <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-1229-a-tender-cooperation-eng.-ferdig.pdf> (12.04.2020), p 2.

³⁰ RKKKo 3-1-1-12-11.

konkurentideks kvalifitseerimist. Kolmas peatükk käsitleb, millistel juhtudel on ühispakkujate- või ühistaotlejatevahelisel koostööl konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Teine ja kolmas peatükk on toodud eraldi esimesest peatükist, kuivõrd neis käsitletavat ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 kohaldumise eeldused tekitavad enim probleeme riigihangete kontekstis, mistõttu väärivad need eraldi käsitlemist, et saavutada magistritöö eesmärgid. Kui tegemist on konkurentsi kahjustava koostööga, võib ELTL art 101 lg 3 ja KonkS § 6 lg 1 alusel vastav koostöö siiski olla lubatav, mistõttu käsitleb eelmainitud erandit neljas peatükk. Neljandas peatükis on analüüsimisel vaid tõhususe suurenemise erand, kuivõrd tegemist on riigihangete raames enim tähtsust omava erandiga.³¹ Kõikides peatükkides seob töö autor iga konkurentsioigusest tuleneva eelduse riigihangetega ning toob välja, millega peaksid arvestama ühispakkujad või ühistaotlejad koostöö tegemisel.

Püstitatud eesmärkide saavutamiseks kasutab autor magistritöös kombineeritud uurimismeetodit. Kasutamisetstarbe järgi kasutab autor andmekogumis- ja töötlemismeetodid, samuti tulemuste tõlgendamise meetodit. Ühispakkumuse või ühistaotluse kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse tingimuste kindlakstegemiseks ning sisustamiseks kogub, uurib ja süstematiseerib autor kohase õiguskirjanduse ja Euroopa Kohtu praktika. Autor süstematiseerib, üldistab ja mõtestab algandmed. Sisult kasutab autor analüütilist, kvalitatiivset ja sünteetilist uurimismeetodit. Püstitatud eesmärkide saavutamiseks kasutab autor põhiallikatena konkurentsiseadust, Euroopa Liidu toimimise lepingut, riigihangete seadust, Euroopa Kohtu praktikat ja Skandinaavia maade kohtupraktikat. Teisest allikatena kasutab autor riigihangete seaduse kommenteeritud väljaannet³² ning konkurentsioigust käsitlevat erialakirjandust.

Varasematest konkurentsioigust ja riigihankeid käsitletavatest teadustöödest väärib mainimist D. Koroljovi magistritöö „Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest konkurentseelise tõttu“³³. Magistritöö teemapüstitus ja rõhuasetus on küll eelmainitud magistritööst erinevad, kuid kuivõrd mõlemad magistritööd käsitlevad konkurentsioiguse ja riigihankeõiguse puutepunkti, on viide magistritööle asjakohane.

Märksõnad: konkurentsioigus, riigihanked, koostöö.

³¹ Vt erandite kohta konkurentsioiguses Whish, R., Bailey, D. Competition Law. Seventh Edition. New York: Oxford University Press 2012, lk 140 jj, 151 jj, 168 jj; ELTL art 42.

³² Simovart, M. A., Parind, M. (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019.

³³ Koroljov, D. Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest konkurentseelise tõttu. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2019.

1. ÜHISPAKKUMUSE JA ÜHISTAOTLUSE SEADUSLIKKUSE ÜLDISED EELDUSED

Antud peatüki eesmärk on välja selgitada, millised on keelatud kokkulepete regulatsiooni, st ELTL art 101 lg 1 ja KonS § 4 lg 1 kohaldamise üldised eeldused ning kuidas nende eelduste järgi tuvastada ühispakkumuse või ühistaotluse seaduslikkust riigihangetes.

1.1. Keelatud kokkulepete regulatsiooni kohaldumise eeldused

Konkurentsioiguslik regulatsioon on alati sisaldunud Euroopa Liidu aluslepingutes.³⁴ Euroopa Majandusühenduse (edaspidi EMÜ)³⁵ asutamislepingus sisaldus ettevõtjatevaheliste kokkulepete keeld artiklis 85, Euroopa Ühenduse asutamislepingus (edaspidi EÜA)³⁶ sisaldus ettevõtjatevaheliste kokkulepete keeld artiklis 81. Praegu kehtivas Euroopa Liidu toimimise lepingus sisaldub keelatud kokkulepete regulatsioon artiklis 101.³⁷ ELTL art 101 lg 1 punktide a-e järgi on siseturuga kokkusobimatud ja keelatud kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi siseturu piires, iseäranis need kokkulepped, otsused ja tegevus, millega:

- a) otseselt või kaudselt määratakse kindlaks ostu- või müügihinnad või mis tahes muud tehingutingimused;
- b) piiratakse või kontrollitakse tootmist, turge, tehnilist arengut või investeeringuid;
- c) jagatakse turge või tarneallikaid;
- d) rakendatakse võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda;
- e) seatakse lepingu sõlmimise eeltingimuseks teise poole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis oma laadilt või kaubandustavade kohaselt ei ole seotud sellise lepingu objektiga.

³⁴ Frolov, R. Keelatud koostöö ettevõtjate vahel. Euroopa Ühenduse õigus ja Eesti konkurentsioigus. – Juridica 2003/VI, lk 391.

³⁵ Euroopa Majandusühenduse asutamisleping (EMÜ leping). – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023> (10.04.2020). Tuntakse ka kui Rooma leping. 25. märtsil 1957 allkirjastati kaks lepingut – Euroopa Majandusühenduse (EMÜ) asutamisleping ja Euroopa aatomienergiaühenduse (Euratom) asutamisleping. EMÜ asutamislepinguga asutati EMÜ, mis ühendas kuue riigi (Belgia, Saksamaa, Prantsusmaa, Itaalia, Luksemburg ja Madalmaad) püüdlusi saavutada majanduskasvu ja lõimitust kaubanduse kaudu.

³⁶ Euroopa Ühenduse asutamisleping. – EÜT C 325, 24.12.2002, lk 33-184. Tuntakse ka kui Nice'i leping. Allkirjastatud 26.02.2001.

³⁷ RKKKo 3-1-1-12-11, p 11.

KonkS § 4 lg 1 punktide 1-6 järgi on keelatud konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega ettevõtjatevaheline kokkulepe, kooskõlastatud tegevus ja ettevõtjate ühenduse otsus, sealhulgas:

- 1) otsene või kaudne kolmandate isikute suhtes hinna- ja muude kauplemistingimuste kindlaksmääramine, sealhulgas kauba hinna, tariifi, tasu, juurde-, alla- või mahahindluse, abonement-, lisa- või täiendava tasu, intressimäära, rendi või üüri määramine;
- 2) tootmise, teenindamise, kaubaturu, tehnilise arengu või investeerimise piiramine;
- 3) kaubaturu või varustusallika jagamine, sealhulgas kolmandale isikule kaubaturule pääsu piiramine või püüd teda sealt välja tõrjuda;
- 4) konkurentsi kahjustava teabe vahetamine;
- 5) võrdväärsete kokkulepete puhul erinevate tingimuste rakendamises kokkuleppimine, millega äripartnerid pannakse ebasoodsasse konkurentsiolukorda;
- 6) kolmandale isikule kokkuleppe sõlmimiseks tingimuse seadmine kokkuleppe objektiga mitteseotud lisakohustuse võtmiseks.

ELTL art 101 lg 1 kohaldumiseks on vajalik analüüsida järgnevaid tingimusi, mille kõikide olemasolul on tegemist keelatud koostööga: 1) tegemist peab olema ettevõtjatega; 2) ettevõtjatevaheline koostöö peab kvalifitseeruma kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena; 3) vastaval koostööl peab esinema konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Lisaks eeltoodule on ELTL art 101 lg 1 kohaldumiseks vajalik ettevõtjatevahelise koostöö liikmesriikidevaheline mõju. Esineda ei tohi ka erandeid ELTL art 101 lg 1 kohaldumiseks.³⁸ KonkS § 4 lg 1 kohaldumise eeldused on samad, mis ELTL art 101 lg 1 kohaldumise eeldused, v.a. esinema ei pea liikmesriikidevaheline mõju. ELTL art 101 lg 2 ja KonkS § 8 kohaselt on keelatud kokkulepped, tegevused või otsused algusest peale tühised.

Enamikes Euroopa Liidu liikmesriikides vastab siseriiklik keelatud kokkulepete säte ELTL art 101 lg-s 1 sätestatule.³⁹ Ka Eesti konkurentsiseaduse regulatsioon vastab ELTL art 101 lg-le 1.⁴⁰ Euroopa Liidu konkurentsioiguse siduvuse sätestab Euroopa Liidu Nõukogu 16. detsembri 2002. a määrus nr 1/2003 Euroopa Ühenduse Asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud

³⁸ Whish, R., Bailey, D, lk 83.

³⁹ Monti, G. The Cambridge Companion to European Union Private Law. New York: Cambridge University Press 2010, lk 286.

⁴⁰ Üks erisus esineb: KonkS § 4 lg 1 p-s 4 sätestatud konkurentsi kahjustava teabe vahetamine ei sisaldu ELTL art 101 lg-s 1. Teabevahetust saab aga ELTL art 101 lg 1 alusel käsitleda, kui sellega pannakse alus kokkuleppele, kooskõlastatud tegevusele või ettevõtjate ühenduse otsusele või kui see moodustab osa kokkuleppest, kooskõlastatud tegevusest või ettevõtjate ühenduse otsusest. Vt rohkem keelatud teabevahetusest Frolov, R. Konkurentsi kahjustav teabevahetus: reeglid ja Eesti praktika. – Juridica III/2014, lk 209-220.

konkurentsieeskirjade rakendamise kohta,⁴¹ millest tuleneb põhimõte, et liikmesriigid kohaldavad lisaks riigisisesele konkurentsioigusele ka Euroopa Liidu konkurentsieeskirju.⁴² Riigikohus on selgitanud, et Euroopa Liidu õiguse järgimine ka ühe liikmesriigi kaubandust mõjutava ettevõtjate koostöö analüüsil välistab olukorra, kus ühes riigis kehtivad kaks erinevat konkurentsioigust reguleerivat õiguskorda.⁴³

Eeltoodud Riigikohtu seisukohast lähtudes ja arvestades, et siseriiklikku õigust tuleb tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu õigusega,⁴⁴ on magistriltöö analüüsi aluseks võetud Euroopa Liidu õigus ja Euroopa Kohtute praktika, isegi kui ühispakkujatevahelisel koostööl puudub liikmesriikidevaheline mõju.⁴⁵ Seejuures tuvastatakse läbi eelnimetatud ELTL art 101 lg 1 eelduste, kas ühispakkujatevaheline⁴⁶ koostöö on seaduslik. Järelikult tulevad käsitlemisele järgnevad ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 eeldused: 1) ühispakkujad peavad olema ettevõtjad; 2) ühispakkujatevaheline koostöö peab kvalifitseeruma kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena; 3) ühispakkujatevahelise koostöö eesmärgiks või tagajärjeks peab olema konkurentsikahjustus. Samuti tuleb tuvastada, kas ühispakkujad on konkurendid.⁴⁷ Kui esinevad kõik ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 kohaldumise eeldused, on ühispakkujatevaheline koostöö ebaseaduslik. Koostöö ei ole ebaseaduslik, kui esineb mõni erand, mis muudab koostöö seaduslikuks.

1.2. Ettevõtja mõiste sisustamine

ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 reguleerivad ettevõtjatevahelisi kokkuleppeid, kooskõlastatud tegevust ja ettevõtjate ühenduse otsuseid. Seega on esmalt ühispakkumuse kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse väljaselgitamiseks oluline tuvastada, kas ühispakkujad loetakse ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 tähenduses ettevõtjateks. Ettevõtja mõiste määratlemine on oluline ka seetõttu, et juhul, kui tuvastatakse, et tegemist on keelatud koostööga konkurentsioiguse mõttes, määratakse karistus vastavalt ettevõtja käibeale. Kui

⁴¹ Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta. – ELT L 1, 04.01.2003, lk 1-25.

⁴² Määruse nr 1/2003 art 3.

⁴³ RKKKo 3-1-1-12-11, p 11-12.

⁴⁴ EKo C-3/04, *Poseidon Chartering BV versus Marianne Zeeschip VOF ja teised*, ECLI:EU:C:2006:176, p 14-18; EKo C-28/95, *A. Leur-Bloem versus Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ECLI:EU:C:1997:369, p 32-33.

⁴⁵ Kui koostööl puudub liikmesriikidevaheline mõju, kohaldub vaid KonkS § 4 lg 1, mistõttu ei analüüsita magistriltöös eraldi liikmesriikidevahelist mõju.

⁴⁶ Analüüsis kasutatakse mõistet ühispakkujad, mis hõlmab ka mõistet ühistootlejaid. Kui ühistootlejate puhul esineb erisusi võrreldes ühispakkujatega, tuuakse need eraldi välja.

⁴⁷ Keelatud on kokkulepped konkurentide vahel. Vt selle kohta lähemalt magistriltöö teine peatükk.

juriidiline isik on toime pannud KarS § 400 lg-s 2 sätestatud teo, milleks on keelatud kokkulepete sõlmimise keeld, siis karistatakse KarS § 400 lg 4 alusel ettevõtjat rahalise karistusega viis kuni kümme protsenti juriidilise isiku käibest.

Mõiste „ettevõtja“ on Euroopa Liidu õiguse autonoomne mõiste. Seega ei ole ettevõtja mõiste sisustamine seotud määratlustega siseriiklikus õiguses, vaid mõistel on Euroopa Liidu õiguses ja Euroopa Liidu õiguse kohaldamisel iseseisev tähendus. Euroopa Kohus on andnud konkurentsioiguses mõistele ettevõtja tähenduse, mis ei sõltu sellest, kuidas siseriiklikus õigussüsteemis ettevõtja mõistet sisustatakse.⁴⁸ Euroopa Liidu toimimise leping ettevõtja mõistet ei määratle. Ettevõtja mõiste määratlemine on jäetud Euroopa Kohtu ülesandeks.⁴⁹ Euroopa Kohtu kohtuasja C-41/90 *Höfner ja Elser vs. Macrotron*⁵⁰ järgi hõlmab ettevõtja mõiste iga majandustegevusega tegelevat üksust, sõltumata selle üksuse õiguslikust vormist ja finantseerimise viisist. Majandustegevuse iseloomulikud tunnused on: 1) kaupade või teenuste pakkumine turul⁵¹ ning 2) kui seda tegevust võiks vähemalt põhimõtteliselt teha eraettevõtja kasumi teenimiseks⁵². Kui eeltoodud tingimused on täidetud, ei oma tähtsust, et ettevõtja ei teeni tegelikult kasumit või et ettevõtja pole loodud majandusliku kasu saamise eesmärgil.⁵³ Majandustegevuseks ei loeta aga avaliku võimu teostamist.⁵⁴ Järelikult sisustatakse Euroopa Kohtu praktikas ettevõtja mõistet laialt, kuivõrd oluline ei ole ettevõtja vorm või kasumi saamise eesmärk, vaid oluliseks tingimuseks on tegelemine majandustegevusega. Seega võib ettevõtja olla ka näiteks füüsiline isik, seltsing, ettevõtjate ühendus jne. Samuti võib ettevõtjaks olla avalik-õiguslik organ.⁵⁵

KonkS § 2 lg 1 kohaselt on ettevõtja äriühing, füüsilisest isikust ettevõtja või muu majandus- või kutsetegevuses osalev isik või juriidiliseks isikuks mitteolev ühendus või ettevõtja huvides

⁴⁸ Daskalova, V. Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law? – German Law Journal 2018, Volume 19, Issue 3, lk 472.

⁴⁹ Ezrachi, A. EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases. Oxford: Hart Publishing 2018, lk 1.

⁵⁰ EKo C-41/90, *Klaus Höfner ja Fritz Elser versus Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161, p 21.

⁵¹ EKo C-35/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, ECLI:EU:C:1998:303, p 36; EKo C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner versus Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, p 19; EKo C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2006:453, p 25.

⁵² EKo C-67/96, *Albany International BV versus Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430, p 81-84.

⁵³ Jones, A., Sufrin, B. EU Competition Law. Text, Cases, and Materials. New York: Oxford University Press 2011, lk 124-125; EKo C-96/82, *NV IAZ International Belgium ja teised versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1983:310, p 58; C-67/96, *Albany*, p 85.

⁵⁴ EKo C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl versus Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, ECLI:EU:C:1997:160, p 22-23.

⁵⁵ Eichhorn, K. H., Ginter, C. Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioigus. Tallinn, Brüssel: Juura 2007, lk 49.

tegutsev isik. Samuti kohaldatakse KonkS § 2 lg 2 järgi ettevõtja kohta käivaid sätteid riigile, kohaliku omavalitsuse üksusele, avalik-õiguslik juriidilisele isikule või muule haldusülesandeid täitvale isikule, kui ta osaleb kaubaturul. Konkurentsiseadus sätestab kitsama ettevõtja määratluse kui Euroopa Kohtu praktika, kuivõrd KonkS § 2 lg 1 loetleb isikuid, kes võivad kvalifitseeruda ettevõtjatena, kuigi Euroopa Kohtu praktika kohaselt on ettevõtja iga majandustegevusega tegelev isik või üksus. Õiguskorra ühtsusest tulenevalt tuleb aga konkurentsiseaduses sätestatud tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu õigusega, sh lähtuda Euroopa Kohtu praktikast. Seega tuleb lähtuda ettevõtja mõistele Euroopa Liidu õiguses antud tähendusest, mistõttu ei oma tähtsust siseriiklikud arusaamad ettevõtja mõistest.

Konkurentsioiguses võidakse kahte iseseisvat isikut lugeda üheks ettevõtjaks.⁵⁶ Kuivõrd ettevõtja mõiste hõlmab iga majandustegevusega tegelevat üksust, ei saa kontserni moodustavaid äriühinguid üldjuhul pidada ettevõtjateks, kes võiksid omavahelise koostöö tegemise tõttu vastutada ELTL art 101 lg 1 või KonkS § 4 lg 1 alusel, kuivõrd emaettevõtja olulise mõju tõttu ei saa tütarettevõtja selle koostöö raames vaadelda iseseisva majandusliku üksusena.⁵⁷ Tuvastamaks, kas ettevõtjad kuuluvad samasse kontserni või mitte, hinnatakse tiheda majandusliku sideme olemasolu.⁵⁸ Ühe ettevõtjana saab käsitleda ema- ja tütarettevõtjat, kui tütarettevõtjal puudub majanduslik iseseisvus.⁵⁹ Samuti loetakse KonkS § 2 lg 3 kohaselt üheks ettevõtjaks üksteisega valitseva mõju kaudu seotud ettevõtjaid. KonkS § 2 lg 4 kohaselt on valitsev mõju võimalus ühe või mitme ettevõtja poolt ühiselt või ühe või mitme füüsilise isiku poolt ühiselt teise ettevõtja aktsiate või osade omamise kaudu, tehingu või põhikirja alusel või muul viisil otseselt või kaudselt mõjutada teist ettevõtjat, mis võib seisneda õiguses: 1) oluliselt mõjutada teise ettevõtja juhtorganite koosseisu, hääletamist või otsuseid või 2) kasutada või käsutada teise ettevõtja kogu vara või olulist osa sellest.

Riigihangete seadus ettevõtja mõistet ei määratle. RHS § 4 p 4 kohaselt sisustatakse ettevõtja mõistet riigihangete seaduses läbi konkurentsiseaduse. Seega tuleb riigihangete kontekstis ettevõtja mõistet sisustada nii, nagu sisustatakse seda konkurentsioiguses. Kuivõrd ettevõtja mõiste on küllaltki lai, hõlmates sisuliselt iga majandustegevusega tegelevat üksust, on tõenäoliselt iga pakkuja riigihankemenetluses ka ettevõtja. Kindluse huvides tuleks siiski

⁵⁶ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 50; Whish, R., Bailey, D, lk 92.

⁵⁷ RKKKo 3-1-1-12-11, p 17.1; EKo C-73/95 P, *Viho Europe BV versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1996:405, p 51; Komisjoni teatis – Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72, p 11.

⁵⁸ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 49-50.

⁵⁹ EKo C-22/71, *Béguelin Import Co. versus S.A.G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113, p 8.

ühispakkumuse kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse hindamisel tuvastada, kas tegemist on ettevõtjatega konkurentsioiguse tähenduses. Juhul kui tuvastada, et üks ühispakkujatest ei ole ettevõtja, ei saa vastavate ühispakkujate koostöö ühispakkumuse esitamise kaudu olla vastuolus konkurentsioigusega, kuivõrd nii ELTL art 101 lg 1 kui ka KonkS § 4 lg 1 kohalduvad vaid ettevõtjatevahelise kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsuse puhul. Järelikult on riigihangetes lubatud koostöö isikute vahel, kellest vähemalt üks ei ole käsitletav ettevõtjana konkurentsioiguse tähenduses.

Juhul kui ühispakkujate puhul on tegemist ettevõtjatega konkurentsioiguse tähenduses, tuleb tuvastada, kas ühispakkujad kuuluvad samasse kontserni. Kui vastus eeltoodule on jaatav, on selline koostöö riigihangetes seaduslik, kuivõrd ühte kontserni kuuluvad ettevõtjad loetakse konkurentsioiguses üheks ettevõtjaks, kui emaettevõtja olulise mõju tõttu ei saa tütarettevõtjat selle koostöö raames vaadelda iseseisva majandusliku üksusena. Järelikult ei saa sellisel juhul olla tegemist ettevõtjatevahelise kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusega. Kui ühispakkujad ei kuulu aga samasse kontserni, tuleb jätkata ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 analüüsiga, tuvastamaks ühispakkujatevahelise koostöö seaduslikkus.

1.3. Kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse sisustamine

ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 kohalduvad, kui tegemist on ettevõtjatevahelise kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusega. Seega tuleb ühispakkumuse kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse kontrollimisel tuvastada, kas esineb vähemalt üks eelnimetatud koostöövormidest. Kui esineb üks koostöövormidest ning esinevad ka teised ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 tingimused, on tegemist ebaseadusliku koostööga. Kui ei esine ükski eelnimetatud koostöövormidest, on ühispakkujatevaheline koostöö seaduslik.

Kokkuleppe, kooskõlastatud tegevus ja ettevõtjate ühenduse otsus nõuavad kõik teatavat sorti ettevõtjatevahelist kokkumängu.⁶⁰ Kõik eelnimetatud kokkumängu liigid hõlmavad subjektiivsest lähtekohast koostöövorme, mis on oma olemuselt sarnased ja mis erinevad vaid intensiivsuse ja avaldumisvormi poolest.⁶¹ Mõisteid „kokkulepe“, „kooskõlastatud tegevus“ ja „ettevõtjate ühenduse otsus“ tõlgendatakse kõiki laialt.⁶²

⁶⁰ Jones, A., Sufrin, B, 2011, lk 141.

⁶¹ Jones, A., Sufrin, B, 2011, lk 141; EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, p 23.

⁶² Whish, R., Bailey, D, lk 99.

Ettevõtjatevahelise koostöö kokkuleppena kvalifitseerumiseks on piisav, kui vähemalt kaks ettevõtjat väljendavad oma ühist tahet turul teataval viisil käitumiseks. Kokkuleppe vorm ei ole seejuures oluline, vaid oluline on pooltevaheline tahteavalduste olemasolu.⁶³ Kuivõrd kokkuleppe vorm ei ole oluline, kvalifitseerub ettevõtjatevahelise kokkuleppena nii suuline kui ka kirjalik kokkulepe.⁶⁴ Samuti on ettevõtjatevahelisteks kokkulepeteks loetud nn härrasmehekokkuleppeid, mis õiguslikus mõttes kujutavad endast mittetäielikke kohustusi, ning pooltevahelisi arusaamisi.⁶⁵ Järelikult piisab selleks, et lugeda ettevõtjatevahelist koostööd kokkuleppeks, kui poolte vahel esineb ühine tahe teataval viisil käituda.

Kokkulepped jagunevad konkurentsioiguses horisontaalseteks ja vertikaalseteks kokkulepeteks.⁶⁶ Horisontaalse kokkuleppega on tegemist siis, kui selles osalevad ettevõtjad tegutsevad tootmise või turustamise samal tasandil konkurentidena. Vertikaalne on kokkulepe siis, kui selles osalevad ettevõtjad tegutsevad tootmise või turustamise eri tasanditel.⁶⁷ Eeltoodu on sätestatud ka KonkS § 5 lg-s 3. ELTL art 101 lg 1 kohaldub nii horisontaalsetele kui ka vertikaalsetele kokkulepetele.⁶⁸

Kooskõlastatud tegevuse kontseptsiooni eesmärk on keelata ka selline konkurentsikahjustav ettevõtjate tegevus, kus formaalset kokkulepet tõendada ei õnnestu.⁶⁹ Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb kooskõlastatud tegevuse all mõista koostööd ettevõtjate vahel, kes ei ole läinud nii kaugele, et nad oleksid sõlminud kokkuleppe selle sõna kitsas tähenduses, kuid milles teadlikult valitakse konkurentsiriskide asemel ettevõtjatevaheline koostöö.⁷⁰ Euroopa Kohus on selgitanud, et kuigi ELTL art 101 lg 1 teeb vahet ettevõtjatevaheliste kokkulepete ja kooskõlastatud tegevuse vahel, on artikli eesmärk keelata ka selline ettevõtjate koordineeritud tegevus, kus ei ole jõutud lepingu sõlmimiseni, kuid kus ettevõtjatevaheline praktiline koostöö vähendab konkurentsiriske nende ettevõtjate jaoks.⁷¹

⁶³ Ezrachi, A, lk 58; EÜKo T-41/96, *Bayer AG versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2000:242, p 67; EÜKo T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1991:75, p 256.

⁶⁴ Whish, R., Bailey, D, lk 100.

⁶⁵ Frolov, R. Keelatud koostöö, lk 392; Whish, R., Bailey, D, lk 100.

⁶⁶ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 47.

⁶⁷ Frolov, R. Keelatud koostöö, lk 391; Schütze, R. *An Introduction to European Law* Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press 2015, lk 303.

⁶⁸ Whish, R., Bailey, D, lk 117.

⁶⁹ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 51; Schütze, R, lk 308.

⁷⁰ C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 26; EKo C-89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö ja teised versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1993:120, p 63.

⁷¹ EKo C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1972:70, p 64.

Kooskõlastatud tegevuseks ELTL art 101 lg 1 mõttes võib kvalifitseeruda ka ettevõtjatevaheline teabevahetus. Seda juhul, kui teabevahetus paneb aluse kooskõlastatud tegevusele, st toob kaasa tegevuste sellise kooskõlastatuse, mis ei vasta kokkuleppe tingimustele ning mille puhul ettevõtjad kokkulepet sõlminud ei ole, kuid milles teadlikult valitakse praktiline koostöö konkurentsiriskide asemel. Seega rikuvad ettevõtjad ELTL art 101 lg-t 1 teabevahetusega, mis vähendab ettevõtjate turukäitumise sõltumatust ning soovi omavahel konkureerida.⁷²

Ettevõtjatevaheline koostöö võib toimuda ka ettevõtjate ühenduste vahendusel. Ettevõtjate ühendustel võib olla oluline roll olukorras, kus kartell koosneb arvukatest ettevõtjatest ning tekib vajadus kontrollida kokkulepitud reeglite järgimist.⁷³ Seetõttu võivad ettevõtjate ühendused mängida olulist rolli kartellikokkulepetes.⁷⁴ Sellisel juhul on tegemist institutsionaalse kartelliga.⁷⁵ Ettevõtjate ühendus on ELTL art 101 lg-s 1 sätestatud iseseisva subjektina, mistõttu ettevõtjate ühendused vastutavad konkurentsi kahjustava otsuse või tegevuse keelu rikkumise korral iseseisvate subjektidena täies ulatuses. Nende vastutus ei sõltu sellest, kas vastutusele on võetud ettevõtjaid, kelle huvides ühendus tegutseb, või mitte.⁷⁶

Riigihangetes saab esitada ühispakkumusi, samuti saab kasutada alltöövõtjaid.⁷⁷ Kahe eeltoodud võimaluse erinevus seisneb selles, et alltöövõtjate kasutamisel ei allkirjasta hankelepingut hankijaga alltöövõtja, vaid pakkuja ise. Samuti ei pea kohe avalikustama alltöövõtjate kasutamist. Ühispakkumust esitades on teada aga kõik pakkujad, kes kõik allkirjastavad hankijaga hankelepingu eduka pakkumuse esitanud pakkujaks osutumise korral.⁷⁸ Ühispakkumuse esitanud isikuid nimetatakse ka konsortsiumiks.⁷⁹ Konkurentsiõiguslikust küljest ei ole vahet, kas koostöö toimub läbi konsortsiumikokkuleppe või alltöövõtu, kui koostööd teevad konkurendid.⁸⁰ Kui riigihangetes on ühispakkujad sõlminud konsortsiumikokkuleppe või kirjaliku kokkuleppe pakkuja ja alltöövõtja vahel, on tegemist kokkuleppega ELTL art 101 lg 1 mõttes. Kuivõrd konkurentsiõiguses pole kokkuleppe vorm oluline, võib tegemist olla kokkuleppega ka juhul, kui ühispakkujad ei ole omavahel kirjalikku

⁷² Frolov, R. Konkurentsi kahjustav teabevahetus, lk 210.

⁷³ Frolov, R. Keelatud koostöö, lk 393; Whish, R., Bailey, D, lk 110.

⁷⁴ Whish, R., Bailey, D, lk 111.

⁷⁵ Schütze, R, lk 308.

⁷⁶ Frolov, R. Keelatud koostöö, lk 393; Whish, R., Bailey, D, lk 111.

⁷⁷ RHS §§ 7 lg 4, 122; Trepte, P. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide. Second Edition. New York: Oxford University Press 2007, lk 49.

⁷⁸ Ritter, C, lk 2; Trepte, P, lk 49-50.

⁷⁹ Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 58.

⁸⁰ Konkurentidevahelist koostööd käsitleb magistritöö teine peatükk.

kokkulepet sõlminud. Ühispakkujatevaheline kokkulepe võib olla nii horisontaalne kui ka vertikaalne kokkulepe, olenevalt, kas ühispakkujad tegutsevad tootmise või turustamise samal tasandil konkurentidena või eri tasanditel. Tõenäoliselt kvalifitseerub ühispakkujatevaheline koostöö horisontaalne kokkuleppena, kuid ei ole välistatud ka vertikaalsed kokkulepped. Kuivõrd ELTL art 101 lg 1 kohaldub nii horisontaalsetele kui ka vertikaalsetele konkurentidevahelistele kokkulepetele, ei ole vajalik eraldi tuvastada, millise kokkuleppeliigiga on tegemist ühispakkujate puhul.⁸¹ Järelikult on ühispakkujatevaheline ning pakkuja ja alltöövõtja vaheline kokkulepe tõenäoliselt kokkulepe ELTL art 101 lg 1 mõttes.

Õiguskirjanduses on leitud, et kui tegemist on ühispakkujatevahelise horisontaalse kokkuleppega, on tõenäoliselt tegemist kauplemissokkuleppega.⁸² ELTL art 101 suuniste kohaselt hõlmavad kauplemissokkulepped konkurentidevahelist koostööd seoses nende asendustoodete müügi, levitamise või müügiedendusega.⁸³ On ka leitud, et ühispakkujatevahelist kokkulepet ei saa samastada kauplemissokkuleppega, kuivõrd tegemist oleks liialt suure eeldusega.⁸⁴ Kuigi ühispakkujad pakuvad ühist toodet või teenust hankijale, tuleb nõustuda seisukohaga, et selline lähenemine ei sobi ühispakkumuste konteksti. Ei saa eelduseks võtta, et kõik ühispakkumused on kauplemissokkulepped, kuivõrd kõikide ühispakkumuste mõte ei ole ühine toote või teenuse müük, nende levitamine või müügiedendus. Ühispakkumuste eesmärk on ühendada kahe ettevõtja ressursid selleks, et täita hankeleping. Seetõttu tuleks konkreetsete asjaolude pinnalt hinnata, kas konkreetset juhul võiks tegemist olla kauplemissokkuleppega.

Kui ühispakkujatevaheline koostöö ei kvalifitseeru kokkuleppena ELTL art 101 lg 1 mõttes, on tegemist igal juhul vähemalt kooskõlastatud tegevusega. Seda seetõttu, et ühispakkujad peavad ühispakkumuse tegemiseks tegema koostööd ja omavahel mingisuguses vormis suhtlema ning infot vahetama, mis kvalifitseerubki kooskõlastatud tegevuseks. Iseseisva rikkumisena võib kvalifitseeruda ka infovahetus. Üksnes info vahetamine ettevõtjate vahel võib olla omaette rikkumine ning ei pea olema osa kartellikokkuleppest või seonduv ettevõtjavahelise koostööga. Seetõttu on oluline, et ettevõtjad ei vahetaks omavahelist strateegilist infot, st konfidentsiaalset

⁸¹ Käesolev magistritöö ei tegele mittekonkurentide vahel sõlmitud vertikaalsete kokkulepetega. Allhankijatega sõlmitud lepingud võivad olla vertikaalsed lepingud. Kui tegemist on konkurentidega, kohaldub ELTL art 101 lg 1. Kui tegemist ei ole konkurentidega, tuleb kontrollida, ega tegemist ei ole vertikaalsete piirangutega. Vt lähemalt Trepte, P, lk 52.

⁸² Ritter, C, lk 10-12.

⁸³ Komisjoni teatis – Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0, p 225.

⁸⁴ Gomez, L. jt, lk 430-435.

ja tundlikku informatsiooni, kuivõrd sellise info vahetamine on keelatud.⁸⁵ Ettevõtjatevahelisi kokkuleppeid, kooskõlastatud tegevust ja ettevõtjate ühenduse otsust tõlgendataksegi laialt, et keelatud tegevuse karistatavus ei sõltuks kokkuleppevormist ning saaks vastutusele võtta ka ettevõtjad, kes vahetavad tundlikku informatsiooni.⁸⁶ Järelikult kvalifitseerub ühispakkujatevaheline koostöö igal juhul kooskõlastatud tegevusena ning tegemist võib olla ka keelatud infovahetusega.

Riigikohus on analüüsinud keelatud koostöövormi riigihangete raames. Tuvastamist leidis, et ettevõtjate esindajad vahetasid elektronkirju, kohtusid teineteisega, sõlmisid koostöölepingu ja leppisid mõningad asjad ka suuliselt kokku. Riigikohus leidis, et kuigi koostöövorme saab liigitada erinevate alternatiivide alla, on igal juhul tegu vähemalt kooskõlastatud tegevusega.⁸⁷ Seega toetab Riigikohtu seisukoht eeltoodud seisukohta, et ühispakkujatevaheline tegevus kvalifitseerub vähemalt kooskõlastatud tegevusena.

Kokkuvõttes tuleb ühispakkujate puhul esmalt tuvastada, kas tegemist on ettevõtjatega konkurentsioiguse tähenduses. Kuivõrd ettevõtja mõiste on lai, on tõenäoliselt ühispakkujad ettevõtjad konkurentsioiguse mõttes. Kui ühispakkujad on kvalifitseeritavad ettevõtjatena ega kuulu samasse kontserni, tuleb tuvastada, kas ühispakkujatevaheline koostöö kvalifitseerub kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 mõttes. Kuivõrd ühispakkujad peavad ühispakkumuse tegemisel tegema koostööd ja igatahes omavahel mingisuguses vormis suhtlema, on ühispakkujatevaheline koostöö vähemalt kooskõlastatud tegevus. Tegemist võib olla ka kokkuleppe või ettevõtjate ühenduse otsusega, samuti võib tegemist olla keelatud infovahetusega. Järelikult, kuivõrd ühispakkujad on tõenäoliselt ettevõtjad ja nende tegevus vähemalt kooskõlastatud tegevus, tuleb järgnevalt analüüsida, kas ühispakkujad on konkurendid. Seda seetõttu, et konkurentidevahelised kokkulepped on keelatud.

⁸⁵ Gomez, L. jt, lk 430-435; Ritter, C, lk 13-14; Thomas, C. Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law – Journal of European Competition Law & Practice 2015, Volume 9, Issue 9, lk 633; Moldén, R, lk 570.

⁸⁶ Chiriță, A. D. A, lk 294.

⁸⁷ RKKKo nr 3-1-1-12-11, p 20.2.

2. ÜHISPAKKUJATE JA ÜHISTAOTLEJATE KONKURENTIDEKS KVALIFITSEERIMINE

Antud peatüki eesmärk on välja selgitada, millistel juhtudel käsitatakse ühispakkujaid ja ühistaotlejaid tegelike või potentsiaalsete konkurentidena konkurentsioiguse tähenduses, sest konkurentsioiguses on keelatud konkurentidevahelised kokkulepped.

Euroopa Komisjoni teatise „Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes“ (edaspidi ELTL art 101 suunised)⁸⁸ kohaselt jagunevad ettevõtjad konkurentideks ja mittekonkurentideks.⁸⁹ Koostöö on horisontaalne, kui kokkulepe on sõlmitud tegelike või võimalike konkurentide vahel.⁹⁰ Seega hõlmab mõiste „konkurendid“ nii tegelikke kui ka võimalikke konkurente ning keelatud on kokkulepped konkurentide vahel.⁹¹ Ka KonkS § 5 lg 3 teise lause järgi on horisontaalne ettevõtjate kokkulepe, nende kooskõlastatud tegevus ja ettevõtjate ühenduse otsus siis, kui nimetatud ettevõtjad tegutsevad tootmise või turustamise samal tasandil konkurentidena. ELTL art 101 suuniste kohaselt kohaldatakse keelatud kokkulepete sätteid ka konkurentide vahel sõlmitud vertikaalsete kokkulepete suhtes.⁹² Euroopa Kohus on rõhutanud, et ELTL art 101 lg 1 ei kaitse ainult tegelikku konkurentsi, vaid ka potentsiaalset konkurentsi ettevõtjate vahel.⁹³ Seega on keelatud konkurentidevahelised kokkulepped, kooskõlastatud tegevus ja otsus, mistõttu on vajalik tuvastada, kas ettevõtjad on konkurendid või mitte.

Eeltoodust tulenevalt on ka ühispakkujate puhul vajalik tuvastada, kas tegemist on konkurentidega. Ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine tegelike või potentsiaalsete konkurentide vahel võib tähendada ELTL art 101 lg 1 rikkumist.⁹⁴ Ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine ettevõtjate vahel, kes ei ole konkurendid, on seaduslik koostöö.⁹⁵

⁸⁸ Komisjoni teatis – Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72.

⁸⁹ ELTL art 101 suunised, p 1.

⁹⁰ Frolov, R. Keelatud koostöö, lk 391; Schütze, R, lk 303; ELTL art 101 suunised, p 1.

⁹¹ Schütze, R, lk 310; ELTL art 101 suunised, p 10.

⁹² ELTL art 101 suunised, p 12.

⁹³ EÜKo T-519/09, *Toshiba Corp. versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2014:263, p 230; EKo C-7/95 P, *John Deere Ltd versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1998:256, p 77; EÜKo T-461/07, *Visa Europe Ltd ja Visa International Service versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2011:181, p 125; EÜKo T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2006:116, p 71.

⁹⁴ Moldén, R, lk 567; Trepte, P, lk 50.

⁹⁵ Gomez, L. jt, lk 430-435, Trepte, P, lk 50.

2.1. Asjaomase turu määratlus riigihangete kontekstis

Kui kaks äriühingut tegutsevad samal asjaomasel turul, käsitatakse neid tegelike konkurentidena.⁹⁶ Euroopa Komisjoni teatise „Asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses“ (edaspidi Euroopa Komisjoni teatis turu kohta)⁹⁷ kohaselt on asjaomase turu määratlemise eesmärk välja selgitada need tegelikud konkurendid, kes võivad ettevõtjate tegevust turul piirata ning mõjutada nende konkurentsivõimet vaba tegevust.⁹⁸ Asjaomane turg moodustub tooteturu ja geograafilise turu ühendamisel.⁹⁹ Järelikult on ettevõtjate puhul vajalik tuvastada, kas nad tegutsevad samal asjaomasel turul.

Asjaomane tooteturg hõlmab neid tooteid ja teenuseid, mis oma iseloomulike tunnuste, hindade ja otstarbekohase kasutuse põhjal on omavahel vahetatavad ja asendatavad. Nõudluse asendatavust hinnatakse tarbijate seisukohast, st tuleb kindlaks teha nende toodete hulk, mida tarbija käsitab asendustoodetena.¹⁰⁰ Asjaomane geograafiline turg hõlmab ala, kus kõnealused ettevõtjad pakuvad ja hangivad kaupu ja teenuseid. Vastav ala hõlmab konkurentsitingimustelt küllaltki sarnast ning naaberaladest märgatavalt erinevate konkurentsitingimustega ala.¹⁰¹ KonkS § 3 lg 1 kohaselt on kaubaturg hinna, kvaliteedi, tehniliste omaduste, realiseerimis- ja kasutustingimuste ning tarbimis- ja muude omaduste poolest ostja seisukohalt omavahel vahetatavate või asendatavate kaupade käibimise ala, mis hõlmab muu hulgas kogu Eesti territooriumi või selle osa. Järelikult tuleb asjaomase turu määratlemiseks tuvastada nii asjaomane tooteturg kui ka asjaomane geograafiline turg.

Riigihangete puhul tõusetub küsimus, kas asjaomaseks tooteturuks tuleb pidada riigihanget või vastavat teenuste sektorit, kus riigihange läbi viiakse. Samuti tõusetub küsimus geograafilise turu puhul: kas asjaomane geograafiline turg on koht, kus vastav riigihange läbi viiakse või piirkonnad, kus ettevõtjad tegutsevad. Konkurentsioiguslikust vaatepunktist tuleb asjaomase tooteturu puhul analüüsida vastava riigihanke teenuse või toote sektorit turul ning tuvastada, kas ühispakkujad tegutsevad samal tooteturul. Seejärel tuleb tuvastada, kas ühispakkujad tegutsevad samal geograafilisel turul. Kui vastus mõlemale küsimusele on jaatav, on tegemist tegelike konkurentidega. Asjaomase turuna ei saa käsitleda riigihanget kui sellist, kuivõrd

⁹⁶ ELTL art 101 suunised, p 10.

⁹⁷ Komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses 97/C 372/03. – EÜT C 372, 09.12.1997, lk 5-13.

⁹⁸ Euroopa Komisjoni teatis turu kohta, p 2.

⁹⁹ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 51; Euroopa Komisjoni teatis turu kohta, p 9.

¹⁰⁰ Jones, A., Sufrin, B, 2016, lk 68; Whish, R., Bailey, D, lk 31; Euroopa Komisjoni teatis turu kohta, p 7, 15.

¹⁰¹ Whish, R., Bailey, D, lk 39-41; Euroopa Komisjoni teatis turu kohta, p 8.

tegemist on ühe tehinguga asjaomasel turul. Riigihangete puhuks ei ole ette nähtud erandit asjaomase turu tuvastamisel.

Sarnaselt on riigihangete kontekstis asjaomast turgu määratlenud ka Riigikohus. Nagu töö sissejuhatuses välja toodud, on Eestis üks Riigikohtu lahend,¹⁰² mis käsitleb põhjalikult keelatud koostööd riigihangete raames. Kuigi lahendis ei olnud tegemist ühispakkujatevahelise keelatud koostööga, annab lahend siiski indikatsiooni, kuidas lahendada Eestis ühispakkujatevahelise keelatud koostööga seotud küsimusi. Riigikohus analüüsis asjaomase turu mõistet riigihankemenetluses tehtud keelatud koostöö raames ning leidis, et asjaomaseks tooteturuks tuleb pidada vastavat teenuste sektorit, kus riigihange läbi viiakse. Asjaomaseks teenusteturuks oli teedeehitusteenuse turg, kuivõrd hankija oleks võinud ühe pakkuja pakkumuse asendada teise pakkuja pakkumusega. Kohus ei nõustunud prokuröri seisukohaga, et asjaomaseks turuks tuleb pidada vaid riigihanget, kuivõrd konkreetne riigihange on vaid üks tehing asjaomasel turul.¹⁰³ Selline Riigikohtu lähenemine on kooskõlas konkurentsioigusega ning selline peabki analüüs välja nägema keelatud koostööd analüüsides riigihangete raames.

Riigikohtu seisukohad geograafilise turu määratlemise osas on aga õiguslikult vaieldavad. Riigikohus leidis, et geograafiliseks turuks tuli pidada Eesti Vabariiki, sest riigihange viidi läbi Eesti Vabariigi avalikes huvides, mistõttu on Eesti Vabariik naaberriikidest märgatavalt erinevate konkurentsitingimuste tõttu eristatav ala.¹⁰⁴ Asjaomaseks geograafiliseks turuks ei saa siiski pidada Eesti Vabariiki, kui tegemist on riigi korraldatud riigihankemenetlusega. Nimelt hõlmab asjaomase geograafilise turu mõiste ala, kus ettevõtjad tegelevad kaupade ja teenuste pakkumise ja hankimisega. Tegemist on seega vastava geograafilise alaga, kus kumbki pakkuja tegutseb. Vastupidisel juhul oleksid geograafilised turud riigipiiridega samastatavad, mis oleks vastuolus Euroopa Liidu ühtse siseturu mõttega. Geograafilise turu määratlemiseks ei ole seega oluline, kus tegutseb hankija või mis piirkonnas riigihange läbi viiakse.

Asjaomase turu määratlemine konkurentsioiguses on oluline tuvastamiseks, kas ettevõtjad on konkurendid. Kuivõrd asjaomase turu määratlemisel riigihangetes ei ole erisusi võrreldes sellega, kuidas määratletakse asjaomast turgu konkurentsioiguses, järeldub, et ühispakkujate puhul tuleks samuti tuvastada asjaomane turg ning seeläbi leida vastus küsimusele, kas ühispakkujad on konkurendid. Ühispakkujate puhul ei piisa aga asjaomase turu tuvastamisest,

¹⁰² RKKKo 3-1-1-12-11.

¹⁰³ RKKKo 3-1-1-12-11, p 18.3, 18.5.

¹⁰⁴ RKKKo 3-1-1-12-11, p 18.4, 18.5.

et välja selgitada, kas ühispakkujad on konkurendid, kuivõrd hankeleping on üks konkreetne tehing asjaomasel turul.

Euroopa Komisjon on andnud välja teatise nimega „Suunised asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks“ (edaspidi Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised),¹⁰⁵ mille kohaselt hinnates, kas kokkuleppe pooled on tegelikud või potentsiaalsed konkurendid, tuleb arvestada majanduslikku ja õiguslikku konteksti. Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised toovad näitena, et kui kaasnevate finantsriskide ja osapoolte tehniliste võimaluste tõttu on objektiivsete tegurite põhjal ebatõenäoline, et mõlemad pooled saaksid kokkuleppega hõlmatud tegevusi iseseisvalt läbi viia, loetakse pooled mittekonkurentideks seoses selle konkreetse tegevusega.¹⁰⁶ Samuti on ELTL art 101 suunistes märgitud, et selliste konkurentide vahel sõlmitud horisontaalkoostöö kokkulepped, kes objektiivsete tegurite alusel ei suudaks koostööga hõlmatud projekti või tegevust ellu viia iseseisvalt, ei piira tavaliselt konkurentsi.¹⁰⁷ Ka Euroopa Komisjoni otsuses asjas *GEAE/P&W*¹⁰⁸ leidis Euroopa Komisjon, et tegemist oli konkurentidega, kuivõrd ettevõtjatel oli tehniline ja majanduslik võimalus arendada uut lennukimootorit iseseisvalt.¹⁰⁹ Lisaks leidis Euroopa Komisjon otsuses asjas *Konsortium ECR 900*,¹¹⁰ mis puudutas ühispakkumust, et pooled ei olnud konkurendid, kuivõrd ajaplaan, finantskulud, töötajate arv ning projekti jaoks nõutav finantsrisk olid sellised, et üksi ei oleks saanud seda kanda.¹¹¹ Seega ei piisa teatud juhtudel asjaomase turu tuvastamisest, et hinnata, kas ettevõtjad on konkurendid. Kui hinnata, kas ettevõtjad on ühe konkreetse projekti suhtes konkurendid, tuleb tuvastada, kas ettevõtjad oleksid suutnud vastavat projekti või tegevust iseseisvalt läbi viia.

Ühispakkujate kontekstis tähendab eeltoodu, et tuleb tuvastada, kas ühispakkujad oleksid suutnud vastava riigihanke raames sõlmitavat hankelepingut iseseisvalt ellu viia. Seega tuleb tuvastada, kas ühispakkujad oleksid suutnud konkreetsetes riigihankes iseseisvat pakkumust esitada. Kokkuvõttes tuleb ühispakkujate puhul, et välja selgitada, kas ühispakkujad on konkurendid, tuvastada nii asjaomane turg kui ka tuvastada, kas ühispakkujad oleksid suutnud

¹⁰⁵ Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. – ELT C 101, 27.04.2004, lk 97-118.

¹⁰⁶ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 18 (1).

¹⁰⁷ ELTL art 101 suunistes, p 30. Lisaks on ELTL art 101 suunistes p-s 237 märgitud eraldi kauplemiskokkulepete kohta, et konsortiumikokkulepped, mis võimaldavad hõlmatud äriühingutel osaleda projektides, mida nad üksikult ei suudaks ette võtta, ei piira konkurentsi ELTL art 101 lg 1 mõttes, kuna sellisel juhul ei ole konsortiumikokkuleppe osalised projekti rakendamise puhul konkurendid.

¹⁰⁸ Commission Decision 2000/182/EC of 14 September 1999 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty (Case IV/36.213/F2 - GEAE/P & W). – EÜT L 58, 03.03.2000, lk 16-29.

¹⁰⁹ Commission Decision Case IV/36.213/F2 - GEAE/P & W, p 75.

¹¹⁰ Commission Decision 90/446/EEC of 27 July 1990 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.688 - Konsortium ECR 900). – EÜT L 228, 22.08.1990, lk 31-34.

¹¹¹ Commission Decision IV/32.688. – Konsortium ECR 900, p II(2)(a).

individuaalse pakkumuse esitada. Asjaomane turg tuleb tuvastada nii, nagu tuvastatakse asjaomane turg konkurentsioiguses. Asjaomase turu tuvastamine annab vastuse küsimusele, kas ühispakkujad on turul konkurendid. Kui ühispakkujad on turul konkurendid, tuleb tuvastada, kas ühispakkujad suudaksid iseseisva pakkumuse esitada. Ainult juhul, kui ühispakkujad ei oleks suutnud individuaalset pakkumust esitada riigihankes, on nendevaheline koostöö seaduslik, sest erand konkurentsioiguses on ette nähtud vaid selliste konkurentidevahelise koostöö puhuks, kus kumbki ei oleks suutnud projekti või tegevust iseseisvalt ellu viia.

Eeltoodut järeldusele on jõutud ka õiguskirjanduses. On leitud, et ühispakkujate puhul taandub analüüs sellele, kas ühispakkujad on konkurendid selle konkreetse riigihanke suhtes, mitte kas ühispakkujad tegutsevad samal asjaomasel turul ja on seetõttu konkurendid.¹¹² Ainult juhul, kui ühispakkujatevaheline koostöö seisneb liigse teabe vahetamises, ei ole vajalik tuvastada, kas ettevõtjad on konkreetse riigihanke suhtes konkurendid. Sellisel juhul piisab, kui tuvastada, et ettevõtjad on asjaomasel turul konkurendid.¹¹³ Seega, keelatud teabe vahetamise puhul ei ole vajalik tuvastada, kas projekti või tegevust oleks saanud iseseisvalt ellu viia, kui keelatud teabe vahetamine väljub vajalikkuse piiridest, kuivõrd tegemist ei ole ühe tehinguga turul.

Skandinaavia maade kohtulahendites on samuti analüüsitud, kas ühispakkujad oleksid suutnud individuaalset pakkumust esitada.¹¹⁴ Seejuures on otsustavaks teguriks olnud ettevõtja objektiivne võimekus esitada individuaalne pakkumus, ettevõtja subjektiivne tahe esitada individuaalne pakkumus ei ole loetud oluliseks. Norra kohtuasjas *El Proffen*¹¹⁵ märkis Norra konkurentsioiguste edasikaebamise kohus (*Konkurrenseklagenemnda*), et koostöö tegemine peab olema objektiivselt vajalik.¹¹⁶ Sellist kriteeriumit aga ei eksisteeri Euroopa Liidu konkurentsioiguses. Lähtuda tuleb vaid sellest, kas objektiivsete kriteeriumite alusel oleksid ettevõtjad saanud projekti või tegevust iseseisvalt läbi viia. Skandinaavia maade kohtud ei tuvastanud ka eraldi, kas ühispakkujad tegutsevad samal asjaomasel turul, kuid kohtulahenditest tuleneb, et ühispakkujad tegutsesid samal asjaomasel turul. Ka Riigikohus

¹¹² Ritter, C, lk 4; Gomez, L. jt, lk 430-435; Trepte, P, lk 51.

¹¹³ Gomez, L. jt, lk 430-435.

¹¹⁴ Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014, lk 19; The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 3; Konkurrenseklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018. – <https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/2018/11/2018-112-og-2018-113-Konkurrenseklagenemndas-vedtak-offentlig-versjon.pdf> (16.04.2020), p 137 jj, 177 jj; Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019. – <http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Documents/191-18.pdf> (16.04.2020), lk 7 jj.

¹¹⁵ Konkurrenseklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018. – <https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/2018/11/2018-112-og-2018-113-Konkurrenseklagenemndas-vedtak-offentlig-versjon.pdf> (16.04.2020).

¹¹⁶ Konkurrenseklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 138.

analüüsis oma lahendis 3-1-1-12-11, kas koostööd tegevad äriühingud olid suutelised iseseisvalt riigihankemenetluses osalema. Kohus rõhutas, et konkurentsioiguses tuleb arvesse võtta konkurentide suutmatust koostööga hõlmatud projekti või tegevust iseseisvalt ellu viia.¹¹⁷ Märkimisväärne on aga, et Riigikohus käsitles antud küsimust kui ühe poole vastuväidet, mitte kui eraldi tingimust, mida tuleks analüüsida. Eeltoodud analüüsi põhjal on aga küsimus iseseisva pakkumuse esitamise suutlikkusest võtmetähtsusega küsimus.

Erisus eeltoodust esineb ühistootluste puhul.¹¹⁸ Ühistootluste puhul tuleb esmalt hankijale taotlus esitada. Hiljem valib hankija välja need taotlejad, kellele teeb ettepaneku esitada pakkumus.¹¹⁹ Sellisel juhul toimub hindamine, kas ühistootlejad on konkurendid, kahes etapis. Esmalt, ettevõtjad on konkurendid, kui suudaksid kumbki iseseisva taotluse esitada, st ettevõtjad vastaksid miinimumkriteeriumitele. Kui hankija teeb ettepaneku esitada pakkumus, on ettevõtjad aga konkurendid vaid juhul, kui nad mõlemad saaksid iseseisvalt taotlust esitades ka iseseisvalt ettepaneku esitada pakkumus.¹²⁰ Seega saaksid koostööd teha sellised ettevõtjad, kes saaksid mõlemad taotluse esitada, kuid kellest vaid üks saaks ettepaneku esitada pakkumus.

Kokkuvõttes on ühispakkujate puhul vajalik tuvastada, kas tegemist on konkurentidega, kuivõrd keelatud kokkulepete regulatsioon kohaldub konkurentidevahelisele koostööle. Ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine ettevõtjate vahel, kes ei ole konkurendid, on seaduslik koostöö. Riigihangetes tuleb esmalt ühispakkujate puhul tuvastada, kas nad tegutsevad samal asjaomasel turul, st samal asjaomasel tooteturul ja samal asjaomasel geograafilisel turul. Kui vastus on eitav, ei ole ühispakkujad konkurendid ja järelikult on nende vaheline koostöö seaduslik. Kui vastus eeltoodule on jaatav, on tegemist konkurentidega ja tuleb tuvastada, kas ühispakkujad oleksid suutelised iseseisvat pakkumust riigihankes esitama. Seaduslik on vaid selliste ühispakkujate vaheline koostöö, kes on turul konkurendid, kuid kes ei oleks suutnud iseseisvat pakkumust esitada riigihankes. Ühistootluste puhul saaksid koostööd teha sellised ettevõtjad, kes saaksid mõlemad taotluse esitada, kuid kellest vaid üks saaks ettepaneku esitada pakkumus. Ainult juhul, kui ühispakkujate vaheline koostöö seisneb liigse teabe vahetamises, ei ole vajalik tuvastada, kas ettevõtjad on konkreetse riigihanke suhtes konkurendid.

¹¹⁷ RKKKo 3-1-1-12-11, p 19, 19.1, 19.2.

¹¹⁸ Vt pakkumuse ja taotluse erinevus RHS §§ 107 jj, 110 jj.

¹¹⁹ Vt RHS §§ 53, 57, 63, 67.

¹²⁰ Ritter, C, lk 10.

2.2. Tegelikud konkurendid riigihangete kontekstis

Nagu eelmises alapeatükis ilmnas, on seaduslik vaid selliste ühispakkujate vaheline koostöö, kes on küll turul konkurendid, kuid kes ei oleks suutnud iseseisvat pakkumust riigihankes esitada. Kui konkurentsioiguses käsitatakse kahte äriühingut tegelike konkurentidena, kui nad tegutsevad samal asjaomasel turul, siis ühispakkujaid käsitatakse tegelike konkurentidena, kui nad tegutsevad samal asjaomasel turul ja nad suudaksid iseseisva pakkumuse esitada samas riigihankes.

Tuvastades, kas ühispakkujad on konkurendid konkreetsetes riigihankes, tõusetub esmalt küsimus, kas iseseisva pakkumuse peaksid suutma esitada kõik ühispakkujad või piisab kui kas või üks ühispakkujatest suudaks iseseisva pakkumuse esitada. Kui ükski ühispakkujatest ei oleks võimeline iseseisvat pakkumust esitama, ei oleks igal juhul tegu konkurentidega. Kui kõik ühispakkujad oleksid iseseisvalt võimelised riigihankes individuaalse pakkumuse esitama, oleks tegu konkurentidega.

Kui kahest ühispakkujast üks on suuteline iseseisvalt pakkumust esitama ja teine mitte, ei oleks tegemist konkurentidevahelise koostööga, sest ettevõtjad ei oleks selle konkreetse riigihanke suhtes konkurendid. Seda seetõttu, et Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste, ELTL art 101 suuniste ja Euroopa Komisjoni praktika kohaselt loetakse pooled mittekonkurentideks, kui objektiivsete tegurite põhjal on ebatõenäoline, et mõlemad pooled saaksid kokkuleppega hõlmatud tegevusi iseseisvalt läbi viia. Kuivõrd on rõhutatud, et mõlemad pooled peavad suutma vastavat tegevust iseseisvalt läbi viia, siis juhul, kui kahest ühispakkujast üks ei ole suuteline individuaalset pakkumust esitama, ei ole tegemist konkurentidega selle konkreetse riigihanke suhtes. Kui ühispakkujaid peaks olema rohkem kui kaks, tuleb hinnata, kas kõik oleksid võimelised individuaalset pakkumust esitama. Juhul kui mitmest ühispakkujast vaid üks oleks võimeline individuaalset pakkumust esitama, oleks tegemist seadusliku koostööga. Kui aga mitmest ühispakkujast vähemalt kaks oleksid võimelised individuaalset pakkumust tegema, oleks tegemist tõenäoliselt ebaseadusliku koostööga, olenevalt teistest keelatud koostöö kohaldumise tingimustest. Seda seetõttu, et sellised ühispakkujad oleksid omavahel konkurendid ning konkurentidevaheline koostöö on keelatud. Järelikult on koostöö seaduslik selliste ühispakkujate vahel, kellest üks oleks suuteline iseseisvat pakkumust esitama riigihankes ja teine mitte. Ühispakkujaid peaks olema nii palju, kui palju on vajalik ning mitte rohkem. Kui mitmest ühispakkujast vähemalt kaks suudaksid iseseisva pakkumuse esitada, oleks tegemist konkurentidevahelise koostööga.

Eeltoodud järeldusteni on jõutud ka õiguskirjanduses ja Skandinaavia maade kohtupraktikas. On leitud, et kahest ühispakkujast peaksid olema mõlemad võimelised iseseisva pakkumuse esitama selleks, et tegemist oleks konkurentidega. Iga lisanduv ühispakkuja loetakse konkurendiks, kui ühispakkuja suudaks iseseisvalt pakkumuse esitada, kuid selle asemel teeb koostööd teistega. Seejuures ei peaks aga järeldama, et koostööd peaksid tegema võimalikult vähesed ettevõtjad. Järeldub hoopiski, et ühispakkumus ei tohi vähendada konkurentsi konkreetse riigihanke raames, st ühispakkumus ei tohiks vähendada nende individuaalsete pakkumuste arvu, mis oleks tehtud riigihankes ühispakkumusega.¹²¹ Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi*¹²² on analüüsitud, kas mõlemad taksofirmas olid võimelised iseseisvat pakkumust esitama.¹²³ Samuti, Norra kohtuasjas *El Proffen* oli viis ühispakkujat ning kohus leidis, et kõik ühispakkujad oleksid olnud võimelised iseseisva pakkumuse esitama, mistõttu oli tegemist konkurentidega.¹²⁴

Kokkuvõttes ei ole ühispakkujad konkurendid konkreetsetes riigihankes, kui ükski ühispakkujatest ei oleks võimeline iseseisvat pakkumust esitama. Selline koostöö on seaduslik, kuivõrd koostööd ei tee konkurendid. Kui kõik ühispakkujad oleksid iseseisvalt võimelised riigihankes individuaalse pakkumuse esitama, oleks tegu konkurentidega. Mitme ühispakkujad puhul on seaduslik selline koostöö, kus mitmest ühispakkujast vaid üks oleks võimeline individuaalse pakkumuse esitama, kuid teised mitte. Iga lisanduv ühispakkuja, kes suudaks individuaalse pakkumuse esitada, on konkurent ning seega vähendaks ühispakkumus konkurentsi riigihankes.

Küsimus sellest, kas ühispakkuja suudab individuaalset pakkumust esitada või mitte, seondub iga ettevõtja võimekusega (*capacity*). Siinkohal tõusetub küsimus, kuidas hinnata ettevõtja võimekust, kui riigihange on osadeks jaotatud.¹²⁵ Sellisel juhul tõusetub küsimus, kas ettevõtja peaks suutma individuaalse pakkumuse esitada vaid ühele riigihanke osale või kõikidele osadele. Kui ühispakkujad suudavad esitada individuaalse pakkumuse riigihankes, on tegemist konkurentidega. Seetõttu on oluline tuvastada, kuidas hinnata individuaalse pakkumuse esitamise võimekust osadeks jaotatud riigihangete puhul.

¹²¹ Ritter, C, lk 7.

¹²² The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017. – <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-1229-a-tender-cooperation-eng.-ferdig.pdf> (12.04.2020).

¹²³ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 42, 43.

¹²⁴ Konkurransklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 192, 204, 225, 248, 249.

¹²⁵ Vt raamlepingu osadeks jagamise võimalus direktiiv 2014/24/EL art 46; direktiiv 2014/25/EL art 65; RHS § § 27, 28. Vt ka RHS § 73 lg 4, mille kohaselt lõpeb hankemenetlus iga riigihanke osa suhtes eraldi.

RHS § 2 lg 1 kohaselt on riigihangete seaduse üks eesmärk tagada konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel. RHS § 3 p 3 sätestab riigihanke korraldamise üldpõhimõttena konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõtte. Näiteks on konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõtte kontekstis keelatud hankijal seada piiranguid, mis tarbetult kitsendavad pakkujate ringi.¹²⁶ Konkurentsi soodustamine on üks riigihankeõiguse üldpõhimõtte.¹²⁷ Seega tuleb riigihankemenetlus korraldada selliselt, et hankijal on võimalik erinevaid pakkumusi võrrelda ja soodsaim pakktumus välja valida objektiivsete kriteeriumite alusel.¹²⁸ Ettevõtjate vahel peab tekkima võistlus hankelepingu saamise pärast, mille tulemusena pakuvad ettevõtjad kaupu ja teenuseid hankijale soodsatel tingimustel.¹²⁹ Konkureerivate ettevõtjate paljusust on võimalik tagada hankemenetluse kujundamise kaudu. Väiksematele ettevõtjatele saab luua võimaluse hankemenetlusest osa võtta ning seeläbi pakkujate ringi laiendada riigihanke osadeks jagamisega ja ettevõtjate kvalifitseerimisega osade kaupa. Väikeettevõtjate võimalusi hankemenetlusest osa võtta laiendab ka teise isiku kasutuses olevate vahendite kasutamise ja ühispakkumuste esitamise võimalus.¹³⁰ Seetõttu saavad ühispakkumuse abil riigihankes osaleda ka need ettevõtjad, kes ei ole iseseisvalt võimelised hankelepingu täitma. Seega on riigihangete raames esitatava ühispakkumuse instituudi mõtteks tagada konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel.¹³¹

Eeltoodust tulenevalt tuleb osadeks jaotatud riigihanke puhul hinnata ettevõtja võimekust esitada individuaalne pakktumus iga riigihanke osa suhtes eraldi. Kui ettevõtja suudaks individuaalse pakktumuse esitada kas või ühele osale osadeks jaotatud riigihanke suhtes, on tegemist konkurendiga selles konkreetset riigihankes. Kui ettevõtjad esitaksid ühispakkumuse, väheneks konkurents riigihankel ning võimalik, et ka turul üldisemalt. Riigihanke osadeks jaotamine kaotaks mõtte, kui tuleks eeldada, et ettevõtjad peaksid suutma esitada pakktumuse kõikide riigihanke osade suhtes, sellisel juhul ei ole järgitud konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõtet. Seetõttu tuleb hinnata ka ühispakkujate individuaalse pakktumuse esitamise suutlikkust iga riigihanke osa suhtes eraldi. Järelikult, kui ühispakkujad suudaksid iseseisvalt esitada pakktumuse kas või riigihanke ühele osale mitmest, oleks tegemist konkurentidega.

¹²⁶ Kuusmann, T. RHS §3/56; Minumets, D., Kulm, P, lk 26.

¹²⁷ Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica II/2012, lk 83.

¹²⁸ EKo C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH versus Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ECLI:EU:C:1999:420, p 31.

¹²⁹ Kuusmann, T. RHS § 3/55.

¹³⁰ Ojasalu, T, lk 566; Minumets, D., Kulm, P, lk 58.

¹³¹ TlnHKo 21.06.2016, 3-16-924, p 16.

Eeltoodud järeldusele on jõutud ka õiguskirjanduses ning Skandinaavia maade kohtupraktikas. Nii Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi*, kui ka Norra kohtuasjas *El Proffen* ning Taani kohtuasjas *Road Marking*¹³² oli riigihanke tulemusena sõlmitav raamleping jaotatud osadeks ning pakkumuse sai esitada kas ühele või mitmele osale. Kohtud leidsid kõikides kohtuasjades, et kui ühispakkujad on iseseisvalt võimelised kas või ühele osale individuaalse pakkumuse esitama, on tegemist konkurentidega. Kohtud on põhjendanud seda asjaoluga, et koostööd tehes elimineerivad ühispakkujad omavahelise konkurentsi riigihankel. Selline omavaheline konkurents võib esineda ka riigihanke ühe osa suhtes.¹³³

Taani kohtuasjas *Road Marking* märkis Mere- ja Kaubanduskohus (*Sø- og Handelsretten*), et kuivõrd riigihange oli üles ehitatud viisil, mis soodustas riigihanke kõigi kolme osa kohta pakkumust esitama, võisid ettevõtjad esitada ühispakkumuse kõigi kolme osa kohta, isegi kui nad oleks individuaalselt saanud esitada pakkumuse vaid teatavate osade kohta riigihankes.¹³⁴ Taani Ülemkohus (*Højesteret*) sellist seisukohta ei aktsepteerinud,¹³⁵ millega tuleb nõustuda. Konkurentsioiguse üks peamisi eesmärke on tarbijate heaolu suurendamine, vältides ettevõtjate poolt tarbijat kahjustava vaba turukonkurentsi piiramist.¹³⁶ Kuivõrd riigihankeõigus on välja kasvanud konkurentsioigusest, on ka riigihankeõiguse üks eesmärk konkurentsi kaitse.¹³⁷ Ühispakkujad ei saa omavahelist konkurentsi elimineerida ühispakkumust tehes. Kui ühispakkujad on võimelised kas või ühele osale riigihankest individuaalse pakkumuse esitama, oleks nende eraldi pakkumused omavahel konkureerivad hankija jaoks. Seetõttu ei saa konkurentsioiguslikust vaatepunktist elimineerida konkurentsi ning lugeda, et pakkumus osadeks jaotatud riigihankes peaks katma kõiki osi. Seega tuleb ühispakkujatel esitada individuaalsed pakkumused, isegi kui seda suudaks teha vaid riigihanke ühe osa suhtes. Ka õiguskirjanduses on rõhutatud, et kuigi ühispakkumuse esitamine võib olla atraktiivne seetõttu, et saaks pakkumuse esitada kõikide riigihanke osade suhtes, siis tuleb ettevõtja võimekust esitada individuaalne pakkumus hinnata vaid ühe riigihanke osa suhtes.¹³⁸

¹³² Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019. – <http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Documents/191-18.pdf> (16.04.2020).

¹³³ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 7, 10; Konkurranseskagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 47; Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019, lk 2.

¹³⁴ Sø- og Handelsretten, U-2-16 og U-3-16, 27.08.2018. – <https://www.kfst.dk/media/51130/u2i16ogu3i16.pdf> (17.04.2020), lk 356-357; Kjær-Hansen, E., Alsing, J, lk 243.

¹³⁵ Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019, lk 8.

¹³⁶ Chalmers, D., Davies, G., Monti, G, lk 867; Jones, A., Sufrin, B, 2016, lk 119; Frolov, R. Keelatud koostöö, lk 391.

¹³⁷ Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonutusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. – *Juridica VII/2014*, lk 423; Sanches Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules, lk 3; Ojasalu, T, lk 564.

¹³⁸ Ritter, C, lk 8.

Osadeks jaotatud riigihangete puhul tõusetub veel küsimus, kas ühispakkujad peaksid individuaalsed pakkumused suutma esitada riigihanke samadele osadele, et tegemist oleks konkurentidega või piisab ühispakkujate konkurentideks kvalifitseerimiseks ka sellest, kui ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada riigihanke erinevatele osadele.¹³⁹ Kui ühispakkujad suudavad samale riigihanke osale või osadele individuaalse pakkumuse esitada, on ühispakkujad konkurendid. Kui aga ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada erinevatele osadele, näiteks üks ühispakkuja osale A ja teine ühispakkuja osale B, võiks justkui järeldada, et selliste ühispakkujate vaheline koostöö ei elimineeri nendevahelist konkurentsi. Kriteeriumiks, mille alusel hinnata, kas ühispakkujad on konkurendid, on aga võimekus esitada individuaalne pakkumus. Nagu eelnevalt välja toodud, on oluline, et ühispakkumuse tulemusena ei väheneks individuaalsete pakkumuste arv, mis oleks aset leidnud ühispakkumusega. Individuaalsete pakkumuste arv aga väheneks, kui ettevõtjad, kes suudaksid iseseisva pakkumuse esitada riigihanke eri osadele, teeksid koostööd. Järelikult tuleb osadeks jaotatud riigihanke puhul järeldada, et ühispakkujad on konkurendid, kui nad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada riigihanke kas või ühele osale. Osad, mille suhtes ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada ei pea seejuures kattuma.

Kui võrd konkurentsioigusest tulenev kriteerium on, et objektiivselt oleks võimalik individuaalselt vastavat projekti või tegevust täide viia, tuleb järelikult hinnata, kas ettevõtja vastaks riigihankes minimaalselt nõutule. Seetõttu ei ole oluline ka, kui atraktiivse pakkumuse ettevõtjad esitada saaksid või kui suur oleks pakkumuse edulootus. Individuaalse pakkumuse suudavad ettevõtjad esitada, kui nad vastavad riigihankes minimaalselt nõutule, olenemata kui atraktiivne või suure edulootusega vastav pakkumus oleks. Ka õiguskirjanduses on leitud, et hinnates, kas ühispakkujad suudaksid esitada individuaalse pakkumuse, tuleb lähtuda kvalifitseerimistingimustest ning kui ühispakkuja suudaks iseseisvalt täita minimaalselt nõutu, suudaks ta järelikult individuaalse pakkumuse esitada. Iseseisva pakkumuse esitamise võimekust ei tuleks hinnata selle järgi, kas ja kui suur oleks individuaalse pakkumuse edulootus, vaid hinnata tuleb seda, kas ühispakkuja oleks iseseisvalt suutnud osa võtta riigihankemenetlusest.¹⁴⁰

Eeltoodut arvestades tuleb hankijal hoolikalt enne riigihanke väljakuulutamist mõelda ka riigihanke hindamiskriteeriumitele. Kui valikukriteeriumiks on soodsaim hind, nagu oli seda

¹³⁹ Albano, G. L., Spagnolo, G., Zanza, M. Regulating joint bidding in public procurement. – Journal of Competition Law & Economics 2009, 5(2), lk 360.

¹⁴⁰ Anchustegui, I. H. Joint Bidding and Object Restrictions of Competition: The EFTA Court's Take in the 'Taxi Case'. – European Competition and Regulatory Law Review 2017, 1(2), lk 174-179; Ritter, C, lk 7-8.

Taani kohtuasjas *Road Marking*,¹⁴¹ ei ole takistusi lähenemisel, et iga ettevõtja peab võimalusel esitama oma individuaalse pakkumuse kas või ühele osale osadeks jaotatud riigihanke puhul. Kui aga valikukriteeriumiks on näiteks soodsaim hind ja ettevõtja võimekus, siis on eelisseisus suuremad ettevõtjad ning väikeettevõtjad, kellel on küll võimalus riigihankel osaleda, ei ole riigihankes eduka pakkumuse esitanud pakkujaks osutumise võimalust. Hankija peab seetõttu enne riigihanke väljakuulutamist mõtlema ka konkurentsioiguslikele aspektidele ning määrama hindamiskriteeriumid näiteks nii, et osadeks jaotatud riigihanke puhul hinnatakse hinda ja võimekust iga riigihanke osa suhtes eraldi, et soodustada ka väikeettevõtjate eduvõimalusi riigihankel, samuti vältimaks ettevõtjate ebavajalikku koostööd riigihangetel. Näiteks saab hankija turu-uuringut kasutada kohase menetlusliigi valimiseks ning ettevõtjate teadmiste, vahendite, oskuste või pakutavate esemete kvaliteedi välja selgitamiseks. Tänu turu-uuringule võib ilmned ka vajadus riigihanke osadeks jagamiseks. Samuti võib selguda, et väikeettevõtjate kaasamiseks ning konkurentsi tagamiseks peavad kvalifitseerimistingimused olema esialgu planeeritust leebemad.¹⁴² Euroopa Liidu riigihankeõiguse kohaselt ei ole kohustust mistahes kvalifikatsiooninõudeid kehtestada. Seetõttu võib hankija kehtestada ka üksnes hankelepingu täitmise sisulised nõuded, mis samuti ühtlustaks mitmesuguste ettevõtjate juurdepääsu riigihanketele.

Kokkuvõttes, kui ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada riigihankes, on tegemist konkurentidega. Kui ühispakkujad ei suudaks individuaalset pakkumust esitada, ei oleks tegemist konkurentidega vastava riigihanke suhtes. Ühispakkujate konkurentideks lugemiseks piisab, kui ühispakkujad suudavad esitada individuaalse pakkumuse vaid ühele osale osadeks jaotatud riigihanke puhul. Ühispakkujate konkurentidena käsitlemine ei sõltu sellest, kas ühispakkujad suudavad individuaalse pakkumuse esitada samale või erinevatele riigihanke osadele. Ühispakkujate konkurentidena käsitlemine ei sõltu ka sellest, kui atraktiivse ja suure edulootusega pakkumuse nad esitada suudaksid. Ühispakkujad suudaksid iseseisva pakkumuse esitada, kui nad vastavad riigihankes minimaalselt nõutule. Oluline on, et ühispakkumuse tõttu ei väheneks individuaalsete pakkumuste arv riigihankes. Samuti ei tohi koostööd teha rohkem ettevõtjaid, kui on vajalik ühispakkumuse esitamiseks. Mitme ühispakkuja puhul on seaduslik selline koostöö, kus mitmest ühispakkujast vaid üks oleks võimeline individuaalse pakkumuse esitama, kuid teised mitte. Iga lisanduv ühispakkuja, kes suudaks individuaalse pakkumuse esitada, on konkurent.

¹⁴¹ Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019, lk 6.

¹⁴² Simovart, M. A., Koroljov, D. Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest turu-uuringus osalemise tõttu. – Juridica VII/2019, lk 484-485.

Kui ühispakkujad on tegelikud konkurendid, tuleb tuvastada, kas ühispakkujatevahelisel koostööl esineb konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg vastavalt ELTL art 101 lg-le 1 ja KonkS § 4 lg-le 1. Kui ühispakkujad ei ole tegelikud konkurendid, tuleb tuvastada, kas ühispakkujad on potentsiaalsed konkurendid.

2.3. Potentsiaalsed konkurendid riigihangete kontekstis

ELTL art 101 suuniste kohaselt käsitatakse äriühingut mõne teise äriühingu potentsiaalse konkurendina, kui kokkuleppe puudumisel on tõenäoline, et suhteliste hindade väikese, kuid püsiva tõstmise korral teeb esimene äriühing lühikese aja jooksul vajalikud lisainvesteeringud või muud üleminekukulutused, et siseneda vastavale asjaomasele turule, kus tegutseb teine äriühing. Hinnang peab põhinema mõistlikel alustel ning üksnes teoreetilisest turule sisenemise võimalusest ei piisa.¹⁴³ Ka Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei piirdu konkreetsel turul konkurentsitingimuste uurimine mitte üksnes kõnealusel turul juba tegutsevate ettevõtjatevahelise olemasoleva konkurentsiga, vaid ka potentsiaalse konkurentsiga, et saada teada, kas turu struktuuri ning selle funktsioneerimist juhtivat majanduslikku ja õiguslikku konteksti arvesse võttes on olemas tegelikud ja konkreetsed võimalused, et asjassepuutuvad ettevõtjad tegutseksid omavahelises konkurentsis või uus konkurent võiks siseneda kõnealusele turule ning konkureerida olemasolevate ettevõtjatega.¹⁴⁴

Seega on Euroopa Liidu kohtute praktikas leitud, et kontrollimaks, kas ettevõtja on turul potentsiaalne konkurent, peab kontrollima, kas juhul, kui keelatud kokkulepet ei oleks sõlmitud, oleksid esinenud tegelikud ja konkreetsed võimalused siseneda vastavale turule ning konkureerida turul olevate ettevõtjatega. Ettevõtjat ei saa lugeda potentsiaalseks konkurendiks, kui tema turule sisenemine ei vasta elujõulisele majandusstrateegiale.¹⁴⁵ Ettevõtja kavatsus turule siseneda võib olla oluline kontrollimaks, kas teda võib lugeda potentsiaalseks konkurendiks viidatud turul, kuid oluline on siiski ettevõtja suutlikkus kõnealusele turule siseneda mitte ettevõtja kavatsus.¹⁴⁶ Lisaks eeltoodule on Üldkohus kohtuasjas T-112/07,

¹⁴³ ELTL art 101 suunised, p 10.

¹⁴⁴ EÜKo T-374/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, varem European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) ja Société nationale des chemins de fer français (SNCF) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1998:198, p 137; EÜKo T-472/13, *H. Lundbeck A/S ja Lundbeck Ltd versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:449, p 100; T-519/09, *Toshiba vs. komisjon*, p 77; T-461/07, *Visa Europe ja Visa International Service vs. komisjon*, p 68, 125; T-328/03, *O2 (Germany) vs. komisjon*, p 71.

¹⁴⁵ EÜKo T-360/09, *E.ON Ruhrgas AG ja E.ON AG versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2012:332, p 86; T-472/13, *Lundbeck vs. komisjon*, p 100; T-461/07, *Visa Europe ja Visa International Service vs. komisjon*, p 166-168; T-374/94, *European Night Services jt vs. komisjon*, p 137.

¹⁴⁶ T-472/13, *Lundbeck vs. komisjon*, p 100-102.

*Hitachi jt vs. komisjon*¹⁴⁷ selgitanud, et tuvastamaks, et tegemist oli potentsiaalsete konkurentidega, oli oluliseks faktoriks asjaolu, et Euroopa tootjad pidasid Jaapani tootjaid potentsiaalseteks usutavateks konkurentideks Euroopa Majanduspiirkonna (edaspidi EMP)¹⁴⁸ turul. Samuti oli Jaapani tootjatel tehniliselt võimalik Euroopa turule siseneda, hoolimata teatud turulepääsu piirangutest. Üldkohus tõi välja ka, et takistused, millele Jaapani tootjad EMP turule sisenemisel vastu seisisid, olid ületatavad.¹⁴⁹

Euroopa Kohus on laiendanud potentsiaalse konkurendid mõistet veelgi, tõstes potentsiaalse konkurendi lävendi kõrgemale, kui vaid suutlikkus turule siseneda. Euroopa Kohus analüüsis kohtuasjas C-373/14 P *Toshiba Corporation vs. komisjon*¹⁵⁰ pooltevahelist potentsiaalset konkurentsi. Toshiba, Jaapani äriühing, osales kartellikokkuleppes, mis hõlmas kogu EMP-d ja Jaapanit. Kartellikokkulepe seisnes Euroopa ja Jaapani elektritransformaatorite tootjate vahel sõlmitud härrasmeeste kokkuleppes, mille eesmärk oli austada kummagi transformaatoritootjate rühma ettevõtjate koduturge ja hoiduda seal müügitegevusest. Euroopa Kohus viitas Euroopa Üldkohtu lahendile T-519/09 *Toshiba vs. komisjon*,¹⁵¹ kus Üldkohus märkis, et kuna ELTL artikkel 101 puudutab ka potentsiaalset konkurentsi, võib härrasmeeste kokkulepe piirata konkurentsi, välja arvatud juhul, kui puuduvad Euroopa turule sisenemise ületamatud tõkked, mis välistavad igasuguse potentsiaalse konkurentsi Jaapani tootjate poolt.

Hinnates, kas ettevõtjad on potentsiaalsed konkurendid, saab arvestada ka ettevõtjate varasemat käitumist turul. Euroopa Komisjon otsuses asjas *GEAE/P&W* tuvastati, et tegemist oli potentsiaalsete konkurentidega, võttes arvesse ettevõtjate varasemat käitumist. General Electric Aircraft Engines (GEAE) ja Pratt & Whitney (P&W) tegid koostööd uue lennukimootori väljatöötamiseks, tootmiseks, müümiseks ja toetamiseks. Euroopa Komisjon leidis, et kuigi uue mootori arenduskulud on väga suured, ei oleks see iseenesest oluline takistus osapooltele arendamiseks uut mootorit üksteisest sõltumatult. Pooled olid eraldi teinud märkimisväärsed investeeringuid oma praeguste mootoritüüpide suhtes. Lisaks kuulusid mõlemad pooled

¹⁴⁷ EÜKo T-112/07, *Hitachi Ltd, Hitachi Europe Ltd ja Japan AE Power Systems Corp. versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2011:342, p 90, 226, 319.

¹⁴⁸ Euroopa Majanduspiirkond (EMP) loodi 1994. aastal, et laiendada Euroopa Liidu (EL) siseturgu käsitlevaid sätteid Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni (EFTA) riikidele. Norra, Island ja Liechtenstein on EMP osalised. Šveits on EFTA liige, kuid ei osale EMP-s. EL ja selle EMP partnerid (Norra ja Island) on omavahel seotud ka mitmesuguste põhjamõõtme poliitika meetmete ja foorumite kaudu, mis keskenduvad Euroopa kiiresti arenevatele põhjapiirkondadele ja Arktika piirkonnale tervikuna. Vt rohkem Teabelehed Euroopa Liidu kohta. – <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/et/sheet/169/euroopa-majanduspiirkond-emp-sveits-ja-pohjapoolsed-riigid> (19.04.2020).

¹⁴⁹ T-112/07, *Hitachi jt vs. komisjon*, p 111, 157, 160.

¹⁵⁰ EKo C-373/14, *Toshiba Corporation versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2016:26, p 31-34.

¹⁵¹ T-519/09, *Toshiba vs. komisjon*, p 230.

rahvusvahelistesse ettevõtetesse, millel olid märkimisväärsed rahalised ressursid. Seetõttu võidi Euroopa Komisjoni kohaselt mõlemalt osapoolelt iseseisvalt oodata, et nad kannavad uue mootori väljatöötamise ja tootmisega seotud tehnilisi ja rahalisi riske. Komisjon leidis, et kuigi osapooltel võib olla majanduslikult tõhusam töötada välja uus mootor koostöös, oleks mõlemal poolel tehniline ja majanduslik võimalus arendada uut mootorit iseseisvalt.¹⁵²

Järelikult on selleks, et tuvastada, kas ettevõtjad on potentsiaalsed konkurendid või mitte, vajalik hinnata: 1) kas esinevad tegelikud ja konkreetsed võimalused siseneda vastavale turule ning konkureerida turul olevate ettevõtjatega, sealhulgas ei tohi esineda ületamatuid tõkkeid turule sisenemiseks; 2) kas turul tegutsemine põhineb elujõulisel majandusstrateegial; 3) ettevõtja suutlikkust turule siseneda, mitte tema kavatsust seda teha. Oluline võib olla ka asjaolu, et ettevõtjat peetakse potentsiaalseks konkurendiks turul tegutsevate ettevõtjate poolt. Euroopa Komisjoni praktikat arvestades tuleb arvestada ka ettevõtjate varasemat käitumist turul, kui ettevõtjad teevad omavahel koostööd. Koostöö tegemine ei ole lubatud juhul, kui ettevõtjad on varasemalt sõlminud sarnase suurusega lepinguid ilma teistega koostööd tegemata.

Ühispakkujate puhul tuleb hinnata, kas ühispakkujad oleksid suutnud oma võimekust piisavalt tõsta, et esitada individuaalne pakkumus riigihankes. Ühispakkujaid käsitatakse potentsiaalsete konkurentidena, kui ühispakkujad suudaksid teatavaid muudatusi tehes oma võimekust suurendada ja iseseisvat pakkumust esitada riigihankes. Võimekuse suurendamist tuleb analüüsida Euroopa Kohtu praktika valguses.

Riigihangete raames tõusetub esmalt ühispakkujate kui potentsiaalsete konkurentide hindamisel küsimus, kui kaugele võib minna termini „ettevõtja suudab iseseisvalt pakkumust esitada“ sisustamisega. Kui ei ole kahtlust, et ühispakkujad suudaksid iseseisvalt pakkumust esitada, on tegemist tegelike konkurentidega. Kui iseseisva pakkumuse esitamise võimalus aga selge ei ole, tuleks analüüsida, kas tegemist võiks olla potentsiaalsete konkurentidega. Seega tuleks analüüsida, kas juhul, kui ühispakkujad oma võimekust suurendaksid, oleksid nad võimelised individuaalset pakkumust esitama. Tegemist oleks sellisel juhul potentsiaalsete konkurentidega. Kuivõrd Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt tuleb arvestada, kas esinevad tegelikud ja konkreetsed võimalused ega ei esine ületamatuid tõkkeid turule sisenemiseks, tuleb ka ühispakkujate puhul arvestada, kas esinevad tegelikud ja konkreetsed võimalused esitamaks

¹⁵² Commission Decision Case IV/36.213/F2 - GEAE/P & W, p 1, 74, 75.

individuaalne pakkumus riigihankes ning ega selleks ei esine ületamatuid tõkkeid. Kuidas sisustada seda, kas esinesid tegelikud ja konkreetsed võimalused ning puudusid ületamatud tõkked individuaalse pakkumuse esitamiseks, sõltub konkreetsetest asjaoludest. Õiguskirjanduses on tõstatud küsimus, kas ühispakkujaid saaks lugeda potentsiaalseteks konkurentideks juhul, kui ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada tänu lisatööjõu palkamisele või juhul, kui nad ostaksid või rendiksid lisavarustust või tehnikat.¹⁵³

Norra kohtuasjas *El Proffen* hindas Norra konkurentsiamet nii poolte varasemat käitumist, kui ka võimalikku võimekuse suurendamist. Hinnates, kas kõik ühispakkujat oleksid suutnud iseseisva pakkumuse esitada, hindas konkurentsiamet ühe kriteeriumina hankelepingu täitmiseks vajalike töötajate arvu vastavalt sellele, mitu töötajat igal ettevõtjal juba oli või oli kavandatud. Lisaks uuris konkurentsiamet ettevõtjate võimalust palgata lisatööjõudu, juhul, kui konkreetsel ettevõtjal ei olnud juba vajalikku tööjõudu hankelepingu täitmiseks. Kokkuvõttes asus konkurentsiamet seisukohale, et ettevõtjatel oli võimalus teha mõningaid muudatusi või ümberpaigutusi, et nad saaks hakkama ühega paralleelsetest raamlepingutest.¹⁵⁴ Kõik ettevõtjad olid ka väitnud, et lisatööjõudu on suhteliselt lihtne saada, kui vajatakse mõneks ajaks rohkem võimekust.¹⁵⁵ Ka Norra konkurentsitsuste edasikaebamise kohus leidis, et iga ühispakkuja täitis individuaalselt riigihanke alusdokumentidest (edaspidi RHAD) tulenevad miinimumnõuded nii kvalifikatsioonitingimuste kui ka hankelepingu tingimuste osas.¹⁵⁶

Norra konkurentsiameti ja konkurentsitsuste edasikaebamise kohtu seisukoht *El Proffen* kohtuasjas on kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga. Kohus luges õigesti, et tegemist oli potentsiaalsete konkurentidega, kuivõrd ettevõtjad said oma võimekust suurendada, et esitada individuaalne pakkumus. Kuivõrd Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et peavad esinema tegelikud ja konkreetsed võimalused turule sisenemiseks ning ei tohi esineda ületamatuid tõkkeid, siis sellise seisukohaga on kooskõlas Norra kohtu seisukoht, et ettevõtjad oleksid saanud juurde palgata lisatööjõudu. Kuivõrd lisatööjõu palkamine oli praktikas tavapärane, sai sellega asjaoluga ka arvestada. Euroopa Kohtu praktikas on rõhutatud, et tegemist peab olema elujõulise majandusstrateegiaga, mistõttu ei saaks ettevõtjatele ette heita lisatööjõu mittepalkamist, kui tegemist oleks turul millegi tavapäratuga. Seega on arvestanud Norra kohus

¹⁵³ Ritter, C, lk 8.

¹⁵⁴ Konkurransetilsynet, V2017-21, 04.09.2017. – https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/2014-0192-153-vedtak-v2017-21-offentlig-versjon-el-proffen-as_ep-contracting-as-lysteknikk-1-2.pdf (17.04.2020), p 350-351, 352-354, 358.

¹⁵⁵ Konkurransetilsynet, V2017-21, 04.09.2017, p 359, 362.

¹⁵⁶ Konkurransklagenemndas. 2018/112 og 2018/113, 31.08.2019, p 249.

ka turusituatsiooni ning hinnanud olukorda selle valguses. Järelikult võib ühispakkujad lugeda potentsiaalseteks konkurentideks, kui ühispakkujad suudaksid individuaalse pakkumuse esitada tänu sellele, et palkavad juurde lisatööjõudu, kui lisatööjõu palkamine on praktikas tavapärane.

Kuivõrd ühispakkujatelt saab teatud asjaoludel nõuda, et nad oma võimekust suurendaksid läbi lisatööjõu palkamise, saab neilt järelikult nõuda võimekuse laiendamist ka muudes aspektides. Ühispakkujad peaksid seega laiendama oma võimekust ka näiteks tehnoloogia, masinate, oskusteabe ja rahaliste ressursside osas, st tegema täiendavaid investeeringuid. Eeltoodud kriteeriumitele peaksid ühispakkujad mõtlema enne, kui esitavad ühispakkumuse. Seega tuleb ühispakkujatel igast aspektist kaaluda, kas neil oleks võimalik enda võimekust laiendada ning seeläbi individuaalne pakkumus esitada. Selleks võib olla tehnika uuendamine, samuti vajaliku oskusteabe omandamine. Seega ei saaks ettevõtja tugineda teise ettevõtja oskusteabele, kui vastav oskusteave on turul kättesaadav ja ettevõtjal oleks endal võimalik vajalik oskusteave omandada. Sama kehtib ka uute masinate soetamise või tehnoloogia uuendamise osas. Seejuures ei tohi uuendused olla ettevõtjale liialt koormavad, st võimekuse laiendamine peab põhinema elujõulisel majandusstrateegial. Järelikult peab võimekuse suurendamine olema reaalselt teostatav.

Kuivõrd võimekuse suurendamine peab olema reaalselt teostatav, peaks riigihangete puhul arvestama, et ettevõtjad peavad võimekuse suurendamise võimalust analüüsima lühikese aja jooksul. RHS § 93 lg 1 p-des 1-6 on toodud indikatiivne tähtaeg pakkumuste esitamiseks avatud hankemenetluses, kus on märgitud, et pakkumuste esitamise tähtaeg ei tohi olla lühem kui 15-45 päeva.¹⁵⁷ Järelikult võib hankija määrata pakkumuste esitamise tähtajaks ka 15 päeva. Seega tuleb pakkumuse esitamiseks ettevõtjatel lühikese aja jooksul läbi töötada hanketingimused, koostada pakkumuse esitamise strateegia, rääkida läbi koostööpartneritega, saada vajalikud eelkokkulepped ning lisaks eeltoodule teha ka ettevõtja majandust pikaajaliselt mõjutavaid strateegilisi otsuseid nagu lisainvesteeringute tegemine või lisatööjõu palkamine. Kõike eeltoodut piiratud ajaraamis teha ei ole aga võimalik. Seetõttu tuleks ühispakkumuste raames potentsiaalsete konkurentide hindamisel arvestada riigihangetest tulenevat ajaraami ning hinnata, kas ettevõtjad oleksid oma võimekust suutnud laiendada ettenähtud ajaraamistikku arvesse võttes. Ainult sellisel juhul, kui arvestada riigihangetes pakkumuste esitamiseks ettenähtud lühikest ajaraami, saab järeldada, et võimekuse suurendamine oleks olnud ettevõtjatele reaalselt teostatav. Kui ajaraamiga mitte arvestada, võib tulemuseks olla konkurentsi

¹⁵⁷ Vt ka RHS § 92 lg 1, mille kohaselt määrab hankija pakkumuste või taotluste esitamise tähtaja. Indikatiivsed tähtajad sätestab ka RHS § 94.

vähenedamine riigihankes, kuivõrd ettevõtjad ei ole suutelised lühikese ajaraami sees kõiki riske hindama ning seetõttu jätavad riigihangetes pakkumused esitamata.

Ka Euroopa Komisjoni praktika ning õiguskirjanduses väljendatud seisukohad kinnitavad, et võimekuse suurendamine peab olema reaalne mitte hüpoteetiline. Euroopa Komisjon leidis otsuses asjas *Konsortium ECR 900*, et tegemist ei olnud konkurentidega olukorras, kus piiratud piisavalt kvalifitseeritud töötajate arv turul tähendas, et kumbki osapool ei saaks piisavalt vajalikku tööjõudu juurde palgata, et iseseisvalt toime tulla.¹⁵⁸ Õiguskirjanduses on leitud, et võimekuse suurendamisele peab lähenema mõistlikult, arvestades seejuures ettevõtja varasemat käitumist ning reaalselt olukorda turul.¹⁵⁹ Varasema käitumisega arvestamist on seejuures ka kritiseeritud, kuivõrd ettevõtja võib varasemalt olla rikkunud konkurentsioigust.¹⁶⁰ Tuleb nõustuda, et ettevõtja varasemat käitumist turul ei saa alati arvestada, kuid täielikult välistada ka ei saa ettevõtja varasemat käitumist. Tuleb hinnata, kas ettevõtja on varasemalt suutnud selliseid lepinguid, nagu on konkreetsetes riigihankes, täita. Kui ettevõtja on varasemalt hankelepinguga sarnaseid lepinguid täitnud, ei ole eluliselt usutav, et ettevõtja seda enam teha ei suuda, v.a. juhul, kui ei ole toimunud mistahes ettevõtja restruktureerimist või muid muudatusi, mille tulemusena on ettevõtja väiksema võimekusega kui varasemalt. Seega tuleb igakordselt hinnata, kas ettevõtjalt on mõistlik oodata samasugust käitumist nagu varasemalt, mistõttu tuleb ettevõtja varasemat käitumist turul igakordselt eraldi hinnata ning sellele hinnang anda.

Ühispakkujate potentsiaalseteks konkurentideks lugemisel tõusetub ka küsimus, kas iga ettevõtja võimekuse arvestamisel tuleb arvestada ettevõtja selle võimekusega, mis on kaetud teiste lepingutega. Selline küsimus tõusetub juhul, kui ettevõtjal oleks individuaalselt võimekus, et riigihankes individuaalne pakkumus esitada, kuid näiteks pool tema võimekusest on kaetud teiste lepingutega. Sellisel juhul tõusetub küsimus, kas ettevõtja võiks oma võimekust laiendada läbi koostöö tegemise teise ettevõtjaga või oleks selline teguviis etteheidetav, kuivõrd ettevõtjal on tegelikult vastav võimekus iseseisvalt olemas. Näiteks kui Tallinna linn korraldab prügiveohanke, kus vajalik võimekus on neli prügiautot ja ühispakkujate võimekus iseenesest on pakkuda nelja prügiautot individuaalselt, kuid need on katud teiste prügiveolepingutega. Kas sellisel juhul oleks lubatud kahe ettevõtja vaheline koostöö, kus kumbki saab hanke raames pakkuda vaid kahte prügiautot.

¹⁵⁸ Commission Decision IV/32.688. – *Konsortium ECR 900*, p II(2)(a).

¹⁵⁹ Gomez, L. jt, lk 430-435; Kjær-Hansen, E., Alsing, J, lk 244.

¹⁶⁰ Ritter, C, lk 8.

Õiguskirjanduses on rõhutatud, et ühispakkujate võimekust esitada individuaalne pakkumus tuleb hinnata selle järgi, kas pakkumuse esitamine on objektiivselt võimalik. Seetõttu ei võeta arvesse, kas individuaalse pakkumuse esitamine oleks lihtne või saavutatav lihtsasti, mistõttu on võimalik, et ettevõtja loobub mõnedest projektidest selleks, et esitada riigihankes individuaalne pakkumus.¹⁶¹ Ka Taani kohtuasjas *Road Marking* leidis Taani Ülemkohus, et arvestada tuleb ettevõtja kogu võimekusega, sealhulgas võimekusega, mis on kaetud teiste lepingutega, kuigi eelnev kohtuaste oli vastupidist leidnud.¹⁶² Sellist lähenemist on peetud ka liiga karmiks.¹⁶³

Nõustuda tuleb seisukohaga, et kui arvestada ettevõtja kogu võimekust, oleks tegemist ebamõistlikult range lähenemisega. Kuigi Euroopa Kohtu praktikast tuleneb tingimus, et esineda ei tohi ületamatuid tõkkeid ja võimekuse kaetus teiste lepingutega tunduks kui ületatav takistus, võiks võimekuse kaetust teiste lepingutega lugeda ületamatuks tõkkeks. Seda seetõttu, et oleks ebamõistlik ettevõtjatele ette heita, et nad oleksid saanud individuaalse pakkumuse esitada, loobudes teatud teistest projektidest või lepingutest. Lepingute ülesütlemisega võivad ettevõtjatele kaasnedä sanktsioonid, mistõttu ei pruugi teistest lepingutest loobumine olla reaalne, kui ettevõtja ei taha näiteks leppetrahve tasuda. Kuivõrd individuaalse pakkumuse esitamine peab olema tegelik ja reaalne, siis ei pruugi ettevõtja saada teisi lepinguid üles öelda ja tänu sellele enda võimekust laiendada. Võimalus esitada individuaalne pakkumus peab põhinema elujõulisel majandusstrateegial, milleks ei saa lugeda teistest lepingutest loobumist selleks, et osaleda riigihankes, kuivõrd ettevõtja ei saa ette ennustada, kas ta osutub eduka pakkumuse esitanud pakkujaks riigihankel või mitte. Eeltoodu juures tuleb siiski arvestada ka muude valikuvõimalustega, st kui ettevõtja saaks oma võimekust laiendada läbi lisatööjõu palkamise või muude vahendite soetamise, peaks ettevõtja vastavaid võimalusi kasutama ning viimase võimalusena mõne teise ettevõtjaga koostööd tegema. Seega, ettevõtja võimekuse hindamisel tuleb arvestada ettevõtja selle võimekusega, mis tal on saadaval ning mitte arvestada võimekusega, mis on kaetud teiste lepingutega.

Kui konkurentsioiguses tuleb potentsiaalsete konkurentide analüüsis lähtuda turusituatsioonist, siis riigihangete puhul tuleb arvestada sellega, mis on RHAD-is sätestatud. Hankijal tuleb seetõttu hankedokumente koostades silmas pidada, kas ja kuidas turul olevat konkurentsi võimalikult efektiivselt ära kasutada, kuivõrd RHAD-i tõlgendamisest võib sõltuda, kas

¹⁶¹ Thomas, C, lk 632.

¹⁶² Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019, lk 8.

¹⁶³ Gomez, L. jt, lk 430-435; Ritter, C, lk 8.

ühispakkujad oleksid individuaalse pakkumuse saanud teha. Rootsi kohtuasjas *Däckia/Euromaster*¹⁶⁴ oli vaidluse all, mida täpselt oli hankija RHAD-i alusel soovinud ning sellest tulenevalt, kas individuaalse pakkumuse esitamine oli võimalik. Ühispakkujad leidsid, et nad ei oleks suutnud iseseisvat pakkumust esitada, sest riigihange hõlmas nii rehve kui ka rehvide teenindust üleriigiliselt. Stockholmi ringkonnakohus (*Stockholms Tingsrätt*) leidis aga, et RHAD-ist nähtus, et riigihankemenetlus hõlmas ainult rehve ega vajanud üleriigilist võimekust. Seetõttu leidis kohus, et tegemist oli konkurentidega.¹⁶⁵ Seega on oluline RHAD-is selgesõnaliselt hankijal määratleda, mis täpselt on hankelepingu ese ja mida pakkujatelt eeldatakse. Järelikult, tuvastades ühispakkujate võimekust ning hinnates, kas ühispakkujad on konkurendid, tuleb täpselt lähtuda RHAD-is sätestatust.

Kokkuvõttes tuleb ühispakkujate puhul hinnata, kas ühispakkujad oleksid suutnud oma võimekust piisavalt tõsta, et esitada individuaalne pakkumus riigihankes. Ühispakkujaid käsitatakse potentsiaalsete konkurentidena, kui ühispakkujad suudaksid teatavaid muudatusi tehes oma võimekust suurendada ja iseseisvat pakkumust esitada riigihankes. Selline võimekuse suurendamine võib tähendada nii lisatööjõu juurdepalkamist, oskusteabe omandamist, tehnoloogia uuendamist kui ka uute masinate soetamist. Seejuures peab võimekuse suurenemine olema reaalne mitte hüpoteetiline, kuivõrd esinema peavad tegelikud ja reaalsed võimalused individuaalse pakkumuse esitamiseks. Võimekuse suurenemisele peab lähenema mõistlikult ning arvestama konkreetsete asjaoludega, st arvestama turusituatsiooni ja ettevõtja varasemat käitumist, samuti pakkumuste esitamise ajaraamistikku. Arvestada tuleb ka ühispakkujate võimekuse hindamisel asjaoluga, et teatav osa ettevõtja võimekusest võib olla kaetud teiste lepingutega, mistõttu võib olla vajalik koostöö tegemine. Võimekuse hindamisel tuleb lähtuda RHAD-is sätestatust, mis seab paika piirid, mida hankija on konkreetsetes riigihankes soovinud hankida ning mida nõutakse pakkujatelt.

Kui tuvastada, et ühispakkujad on potentsiaalsed konkurendid, st ühispakkujad oleksid olnud võimelised riigihankes individuaalse pakkumuse esitama, tuleb tuvastada, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Kui leida, et ühispakkujad ei ole potentsiaalsed konkurendid, on tegemist seadusliku koostööga.

¹⁶⁴ Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014. – <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/read-the-judgment-t-18896-10-in-swedish-18mb.pdf> (12.04.2020).

¹⁶⁵ Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014, lk 121-126.

3. ÜHISPAKKUJATE VÕI ÜHISTAOTLEJATE TEGEVUSES KONKURENTSI KAHJUSTAVA EESMÄRGI VÕI TAGAJÄRJE TUVASTAMINE

Antud peatüki eesmärk on välja selgitada, millistel juhtudel loetakse, et ühispakkujate- või ühistaotlejatevahelisel kokkuleppel, kooskõlastatud tegevusel või ettevõtjate ühenduse otsusel on konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 tähenduses. Antud küsimuseni jõutakse juhul, kui tuvastada, et: 1) ühispakkujad või ühistaotlejad on ettevõtjad; 2) nendevaheline koostöö kvalifitseerub ettevõtjatevahelise kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena ning 3) ühispakkujad või ühistaotlejad on konkurendid.

ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 järgi on keelatud konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega ettevõtjatevaheline kokkulepe, kooskõlastatud tegevus ja ettevõtjate ühenduse otsus. Seega tuleb tuvastada ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Juhul kui tuvastada, et ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg, on tegemist keelatud koostööga. Kui ühispakkujatevahelisel koostööl puudub konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg, on tegemist seadusliku koostööga. Järelikult sõltub ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 tingimuse täitmisest või mittetäitmisest, kas ühispakkujatevaheline koostöö on seaduslik või mitte.

ELTL art 101 lg 1 sõnastusest tuleneb, et konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg on alternatiivsed, mitte kumulatiivsed tingimused.¹⁶⁶ Ka Euroopa Kohus on kinnitanud, et tegemist on alternatiivsete tingimustega.¹⁶⁷ Samuti on Euroopa Kohus selgitanud, et kuivõrd tegemist on alternatiivsete tingimustega, ei ole vaja uurida konkurentsi kahjustavat tagajärge, kui on tuvastatud konkurentsivastane eesmärk.¹⁶⁸ Euroopa Kohtu praktikast tulenevad kriteeriumid, hindamaks, kas tegemist on konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega, kohalduvad nii

¹⁶⁶ Whish, R., Bailey, D, lk 118; Schütze, R, lk 311.

¹⁶⁷ EKo C-56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) versus Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38, lk 249.

¹⁶⁸ EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 28, 30; EKo C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2009:610, p 55; EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd ja Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643, p 16; EKo C-56/64, *Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH versus Euroopa Majandusühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:1966:41, lk 342.

ettevõtjatevahelise kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse kui ka ettevõtjate ühenduse otsuse puhul.¹⁶⁹

3.1. Konkurentsi kahjustav eesmärk riigihangete kontekstis

Teatud ettevõtjatevahelisi koostöövorme loetakse juba oma olemuselt konkurentsi kahjustavaks, mistõttu tehakse vahet eesmärgil põhinevatel rikkumistel ning tagajärjel põhinevatel rikkumistel.¹⁷⁰ Konkurentsi piiramise eesmärgil seatud piirangud võivad oma olemuse tõttu piirata konkurentsi ELTL art 101 lg 1 tähenduses.¹⁷¹ Tegemist on nn raskete rikkumistega (*hardcore restrictions*), mille tagajärgi ei ole vajalik analüüsida, kuivõrd sellised rikkumised on juba oma olemuselt konkurentsi kahjustavad. Sellised rasked rikkumised on loetletud ELTL art 101 lg 1 p-des a-e.¹⁷² ELTL art 101 lg 1 kohaselt loetakse seega rasketeks rikkumisteks sellised kokkulepped, otsused ja tegevused, millega: a) otseselt või kaudselt määratakse kindlaks ostu- või müügihinnad või mis tahes muud tehingutingimused; b) piiratakse või kontrollitakse tootmist, turge, tehnilist arengut või investeringuid; c) jagatakse turge või tarneallikaid; d) rakendatakse võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda; e) seatakse lepingu sõlmimise eeltingimuseks teise poole nõusolek võtta endale lisakohustusi, mis oma laadilt või kaubandustavade kohaselt ei ole seotud sellise lepingu objektiga. ELTL art 101 lg-s 1 osutatud kokkulepete tüübid ei kujuta endast keelatud koostöö ammendavat loetelu.¹⁷³

Euroopa Kohtu kohtuasja C-8/08, *T-Mobile Netherlands* kohtujurist J. Kokott on eesmärgil põhinevate rikkumiste keeldu võrrelnud ohudeliktiga karistusõigusest. J. Kokott kirjutab oma arvamuses, et enamikes õiguskordades kohaldatakse isiku suhtes, kes juhib raskes alkoholi- või narkootilises joobes sõidukit, karistusõiguslikke või väärteoõiguslikke sanktsioone sõltumata sellest, kas ta seadis liikluses tegelikult kellegi ohtu või põhjustas õnnetuse. J. Kokott leiab, et samas mõttes rikuvad ettevõtjad Euroopa konkurentsioigust ja neid võib karistada rahatrahviga, kui nad viivad turul ellu konkurentsivastase eesmärgiga kooskõlastatud tegevusi, sõltumata, kas konkreetsel üksikjuhul kahjustatakse tegelikult teatud ettevõtjaid või üldsust.¹⁷⁴

¹⁶⁹ C-8/08, *T-Mobile Netherlands* jt, p 24.

¹⁷⁰ C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p 17.

¹⁷¹ ELTL art 101 suunised, p 24; Schütze, R, lk 312; C-56/65, *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm*, lk 249; C-8/08, *T-Mobile Netherlands* jt, p 29.

¹⁷² Schütze, R, lk 312; C-56/64, *Consten ja Grundig vs. EMÜ komisjon*, lk 342.

¹⁷³ Whish, R., Bailey D, lk 115; C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p 23.

¹⁷⁴ EK C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:110, kohtujurist J. Kokotti ettepanek, p 47.

Kuivõrd konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg on alternatiivsed tingimused, tuleb Euroopa Kohtu praktika kohaselt esmalt uurida ettevõtjatevahelise kokkuleppe enda eesmärki, arvestades selle rakendamise majanduslikku konteksti ning kui kokkuleppe analüüs ei viita konkurentsi kahjustamisele piisavas ulatuses, tuleb uurida kokkuleppe tagajärgi.¹⁷⁵ Euroopa Kohus on täpsustanud eeltoodud kriteeriumit kooskõlastatud tegevuse konkurentsivastasuse hindamisel ning selgitanud, et kooskõlastatud tegevuse konkurentsivastasuse hindamisel tuleb uurida sellega taotletavaid objektiivseid eesmarke ning selle majanduslikku ja õiguslikku konteksti.¹⁷⁶ Ettevõtjatevahelise kokkuleppe eesmärgiks võib pidada konkurentsi piiramist isegi siis, kui kokkuleppe ainus eesmärk ei ole konkurentsi piiramine, vaid sellel on ka teisi, õiguspäraseid eesmarke.¹⁷⁷ ELTL art 101 lg 1 eesmärk on keelata kõik kooskõlastamise vormid, kuivõrd ettevõtjad peavad otsustama sõltumatult, millisel viisil turul tegutseda.¹⁷⁸

Konkurentsivastase eesmärgi olemasoluks piisab sellest, et kooskõlastatud tegevus võib avaldada konkurentsile negatiivset mõju. Selle tegevusega peab olema lihtsalt konkreetselt võimalik tegevuse õiguslikku ja majanduslikku konteksti arvesse võttes takistada, piirata või kahjustada konkurentsi. Seejuures ei oma tähtsust, kas ja mil määral mõju tegelikult avaldub.¹⁷⁹ Lisaks on Euroopa Kohus märkinud, et kuigi poolte tahe ei ole oluline asjaolu hindamaks, kas kooskõlastatud tegevus piirab konkurentsi, ei ole poolte tahtega arvestamine keelatud.¹⁸⁰

Euroopa Kohus on seejuures ühes hiljutisemas kohtuasjas C-67/13, *Cartes Bancaires v. komisjon*¹⁸¹ märkinud, et eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu mõistet tuleb tõlgendada kitsalt, mis tähendab, et eesmärgil põhineva konkurentsipiirangut saab kohaldada vaid teatud tüüpi ettevõtjatevaheliste kooskõlastamiste suhtes, millel on konkurentsi piisavalt kahjustav ulatus selleks, et saaks järeldada, et nende mõju kontrollimine ei ole vajalik. Kohus selgitas, et kui teatud tüüpi ettevõtjatevahelise kooskõlastatud tegevuse sisu analüüs ei viita konkurentsi kahjustamisele piisavas ulatuses, tuleb seejärel uurida selle tegevuse tagajärgi ning selle keelatuks tunnistamiseks peavad esinema kõik asjaolud, mis tõendavad, et konkurentsi

¹⁷⁵ C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 28; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt*, p 55; C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p 15-16.

¹⁷⁶ C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 27; C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p 16, 21.

¹⁷⁷ EKo C-551/03 P, *General Motors BV versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2006:229, p 64; C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p 21.

¹⁷⁸ C-209/07, *Beef Industry Development ja Barry Brothers*, p 34.

¹⁷⁹ C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 31.

¹⁸⁰ C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 27; EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:2204, p 54; EKo C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. jt versus Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160, p 37; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt*, p 58.

¹⁸¹ EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:2204.

tegelikult märgatavalt takistati, piirati või kahjustati.¹⁸² Samuti on Euroopa Kohus ühes hiljutisemas kohtuasjas C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító jt*¹⁸³ selgitanud, et hindamaks, kas kokkuleppe sisaldab eesmärgipõhist konkurentsipiirangut, tuleb tähelepanu pöörata selle kokkuleppe tingimuste sisule ja eesmärkidele, mida kokkuleppega soovitakse saavutada, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile, millesse see kokkuleppe kuulub. Kokkuleppe konteksti hindamisel tuleb arvesse võtta asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu või asjaomaste turgude tegelikku toimimist ja struktuuri.¹⁸⁴

Järelikult tuleb hinnates, kas ettevõtjatevahelisel kokkuleppel, kooskõlastatud tegevusel või ettevõtjate ühenduse otsusel on konkurentsi kahjustav eesmärk, hinnata vastava kokkuleppe, tegevuse või otsuse sisu ja objektiivseid eesmärke. Seejuures võib arvestada ka ettevõtjate subjektiivse tahtlusega. Hinnata tuleb vastavat kokkulepet, tegevust või otsust selle majanduslikku ja õiguslikku konteksti arvestades, seejuures arvestada asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu või asjaomaste turgude tegelikku toimimist ja struktuuri. Lõpuks tuleb tuvastada ka konkurentsi kahjustumine piisavas ulatuses. Kuigi Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et piisab ka, kui konkurentstile kahjulik mõju võib esineda, siis on Euroopa Kohus oma hilisemas praktikas selgitanud, et konkurentsi kahjustumist tuleb tõlgendada kitsalt, mistõttu tuleb tuvastada konkurentsi kahjustumine piisavas ulatuses.¹⁸⁵

Riigihangetes on konkurentsi kahjustav tegevus eelkõige pakkumuste kooskõlastamine (*bid-rigging*).¹⁸⁶ Majandusliku Koostöö ja Arengu Organisatsioon (edaspidi OECD¹⁸⁷) on välja töötanud juhendi konkurentsi kahjustavate kokkulepetega¹⁸⁸ võitlemiseks riigihangete läbiviimisel.¹⁸⁹ OECD „Juhend pakkumismahhinatsioonidega võitlemiseks riigihangete läbiviimisel“ (edaspidi OECD juhend)¹⁹⁰ nimetab pakkumismahhinatsioonide strateegiatena

¹⁸² C-67/13 P, *CB vs. komisjon*, p 49, 52, 58.

¹⁸³ EKo C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. jt versus Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

¹⁸⁴ C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító jt*, p 36.

¹⁸⁵ Euroopa Kohus on erinevate tõlgendustega hāgustanud konkurentsi kahjustava eesmärgiga koostöö tuvastamist ning konkurentsi kahjustava tagajärjega koostöö tuvastamist. Vt selle kohta Sānches Graells, A. *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?* – *Journal of European Competition Law & Practice* 2018, Vol. 9, No. 3, lk 163; Chiriță, A. D. A, lk 291.

¹⁸⁶ Parind, M. RHS § 95/559.

¹⁸⁷ OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD on tööstuslikult arenenud demokraatlike riikide foorum alalise asukohaga Pariisis. Organisatsioon asutati 30.09.1961 Euroopa Majanduskoostöö Organisatsiooni järeltulijana. OECD-sse kuulub hetkel 36 riiki. Eesti liitus OECD-ga 09.12.2010. Vt Eesti alaline esindus OECD ja UNESCO juures. – <https://oecd.mfa.ee/et/oecd/> (18.04.2020).

¹⁸⁸ Nimetatakse ka kui pakkumismahhinatsioonid.

¹⁸⁹ Rahandusministeeriumi kodulehekülj. Kasulik teave. – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave> (18.04.2020).

¹⁹⁰ OECD. Juhend pakkumismahhinatsioonidega võitlemiseks riigihangete läbiviimisel. – https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/recommendationonfightingbidrigging2012_et.pdf (18.04.2020).

nelja: 1) ülepaisutatud hinnaga pakkumus; 2) pakkumuste esitamise piiramine; 3) pakkumuste roteeriv esitamine; 4) turu jagamine.¹⁹¹ Pakkumismahhinatsioon toimub siis, kui kaks või enam ettevõtjat nõustuvad riigihankemenetluses, et üks või mitu neist ei esita pakkumust, võtab pakkumuse tagasi või esitab pakkumuse kunstlikult kõrge hinnaga.¹⁹² OECD juhend ning seal käsitletud pakkumuste kooskõlastamine käsitlevadki olukordi, kus pakkujad teevad keelatud koostööd, esitades individuaalseid pakkumusi.¹⁹³ Kuivõrd magistritöös on analüüsimisel keelatud kokkulepete regulatsiooni rakendumine riigihangetes ühispakkumustele ja ühistaotlustele, ei tule antud töös käsitlusele OECD juhend.

Ühispakkumuste raames tõusetub esmalt küsimus, kas ühispakkumused kvalifitseeruvad konkurentsi kahjustava eesmärgiga kokkulepeteks hindade kindlaksmääramise tõttu. Hindade kindlaksmääramise kokkulepe on ELTL art 101 lg 1 p a kohaselt oma olemuselt konkurentsi kahjustav kokkulepe. Ühispakkumuse raames hindade kindlaksmääramine ei pruugi aga olla konkurentsiõiguslikus mõttes hindade kindlaksmääramine. Ühispakkumuse tegemiseks kooskõlastavad ühispakkujad ühispakkumuse hinna ning kuivõrd tegemist on ühispakkumusega, on hinna kindlaksmääramine paratamatu. Seejuures on ühispakkumuse hinna kindlaksmääramine vaid üks osa koostööst. Ühispakkumusega ühendavad ettevõtjad oma ressursi ning peavad tegema koostööd, kui nad osutuks riigihankel eduka pakkumuse esitanud pakkujaks. Seetõttu tõusetubki küsimus, kas sellise koostöö raames hinna kindlaksmääramine on samastatav hinna kindlaksmääramisega ELTL art 101 lg 1 p a mõttes. Skandinaavia maade kohtuasjades leidsid kohtud, et ühispakkujatevaheline koostöö oli keelatud hinnaalne koostöö.¹⁹⁴

ELTL art 101 lg 1 p a mõttes loetakse hindade kindlaksmääramiseks selliseid piiranguid, millega konkurendid lepivad kokku müüdavate või ostetavate toodete hindade fikseerimises. Selleks ei ole vajalik, et leping otseselt fikseerib müügi- või ostuhinna, piisab, kui pooled

¹⁹¹ OECD. Juhend pakkumismahhinatsioonidega võitlemiseks riigihangete läbiviimisel, lk 2.

¹⁹² Commission staff working document. Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the document: Communication from the Commission. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice). Brüssel, 25.06.2014, SWD(2014) 198 final. – https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (18.04.2020), lk 11, p 2.4. Vt ka EÜKo T-21/99, *Dansk Rørindustri A/S versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2002:74.

¹⁹³ OECD juhend lk 7 märgib, et kuna ühispakkumused võivad kujutada endast moodust kasumi jagamiseks pakkumismahhinatsiooni osaliste vahel, tuleb suhtuda ettevaatlikkusega ka nende firmade ühispakkumustesse, mida konkurentiasutused on varem kuritegelike kokkulepete eest süüdi mõistnud või trahviga karistanud.

¹⁹⁴ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 59; Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014, lk 132-136; Konkurranselagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 262-266; Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019, lk 9-10.

lepidavad kokku teatavad hinnakujunduse parameetrid, näiteks allahindluste summa klientidele.¹⁹⁵ Puudub Euroopa Kohtu praktika või Euroopa Komisjoni praktika, mille kohaselt loetakse ühispakkumuste raames hindade kooskõlastamist konkurentsikahjustava eesmärgiga koostööks. Kuivõrd ühispakkujate puhul on hinna kindlaksmääramine vaid üks osa ettevõtjatevahelisest koostööst ning tegemist on ühispakkumuse tegemise vältimatu osaga, ei saa samastada sellist ühispakkujatevahelist koostööd sellise koostööga, mida teevad turul tegutsevad kaks ettevõtjat ning kes näiteks kooskõlastavad allahindluste summa klientidele. Ühispakkumuse eesmärk on ühendada kahe ettevõtja ressursid selleks, et täita hankelepings. Võimatu on aga koostööd teha ilma ühist hinda määramata. ELTL art 101 lg 1 p a kohane hindade kindlaksmääramine on aga olukord, kus kahe turul tegutseva äriühingu eesmärgiks on hinnad kooskõlastada, millele võib ka lisanduda turgude jagamine. Selline hinnaalane koostöö ei ole paratamatu, mistõttu ei tohiks ühispakkumuse raames hindade kindlaksmääramine olla kvalifitseeritav ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisena.

Kui kõik ühispakkumused kvalifitseerida konkurentsikahjustavate kokkulepetena vaid seetõttu, et ühispakkujad on pakkumuse hinna kooskõlastanud, on ühispakkumuste kaudu koostöö tegemine riigihangetes peaaegu võimatu. Sellisel juhul piisab ELTL art 101 lg 1 rikkumise tuvastamiseks, kui tuvastada, et ühispakkujad on tegelikud või potentsiaalsed konkurendid. Edasine sisuline analüüs puuduks, kuivõrd pakkumuse hinna kooskõlastamine oleks automaatselt kvalifitseeritav kui konkurentsikahjustava eesmärgiga koostöö. Lisaks ei kohalduks sellisel juhul vähese tähtsusega koostöö erand, kuivõrd erand ei kohaldu eesmärgipärastele rikkumistele.¹⁹⁶ Arvestada tuleb ka asjaoluga, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu mõistet tõlgendada kitsalt,¹⁹⁷ mistõttu ei tuleks ka ühispakkujatevahelist hinnaalast koostööd kvalifitseerida ELTL art 101 lg 1 p a mõttes rikkumisena. Ka õiguskirjanduses on kaheldud lähenemises, et hinna kooskõlastamine ühispakkujate poolt võiks olla samastatav hindade kindlaksmääramisega ELTL art 101 lg 1 p a mõttes.¹⁹⁸ On leitud, et ühispakkujate poolt hinnaalase koostöö kvalifitseerimine hindade

¹⁹⁵ Commission staff working document. Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the document: Communication from the Commission. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), lk 6, p 2.1.1.

¹⁹⁶ Commission staff working document. Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the document: Communication from the Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), lk 3, p 1.

¹⁹⁷ Vt C-67/13 P, *CB vs. komisjon*, p 58.

¹⁹⁸ Anchustegui, I. H, lk 174-179; Gomez, L. jt, lk 430-435; Sanches Graells, A. *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, lk 162.

kooskõlastamisena on liialt karm lähenemine, kuivõrd välistab vähese tähtsusega koostöö erandi, lisaks ka grupierandite kohaldumise ning muudab ainsa teoreetiliselt kohalduva erandi, s.o. ELTL art 101 lg 3 tõhususe suurenemise erandi, kohaldumise äärmiselt raskeks.¹⁹⁹ Lisaks võivad rasked eesmärgipärased rikkumised tuua kaasa kõrgemad trahvid, kuivõrd sellised rikkumised on konkurentsile eriti kahjulikud.²⁰⁰

Järeldust, et ühispakkumuste raames hindade kindlaksmääramist ei saa samastada konkurentsioiguses konkurentidevahelise hindade kindlaksmääramisega, toetab Euroopa Kohtu praktika, mille kohaselt tuleb kooskõlastatud tegevuse konkurentsivastasuse hindamisel uurida sellega taotletavaid objektiivseid eesmärke ning selle majanduslikku ja õiguslikku konteksti. Ühispakkumuste objektiivne eesmärk ei ole kahe ettevõtja vaheline hindade kindlaksmääramine, vaid eesmärgiks on ühendada ressursid, et osaleda riigihankel. Seetõttu tuleks arvesse võtta ühispakkumusega taotletavat eesmärki, kui hinnata, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsikahjustav eesmärk. Kui selgub, et ühispakkumuse eesmärk on ettevõtjatevahelise konkurentsivähendamine, on tegemist konkurentsikahjustava koostööga ühispakkumuse raames. Kuivõrd enamikel juhtudel ei ole ühispakkumuse objektiivne eesmärk hindade kindlaksmääramine kahe ettevõtja vahel ning seeläbi konkurentsikahjustamine, ei saa ühispakkumuste raames hindade kindlaksmääramine ka olla kvalifitseeritav ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisena. Järelikult tuleks hinnata ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsikahjustavat eesmärki, hinnates koostöö objektiivseid eesmärke.

Arvestada tuleb ka majanduslikku ja õiguslikku konteksti, kui hinnata, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsikahjustav eesmärk. Majanduslikust vaatepunktist annab ühispakkumuste esitamine võimaluse osaleda riigihangetes ning toetuda teise ettevõtja vahenditele, et oleks võimalik riigihankel osaleda. Seeläbi saavad riigihangetes osaleda ka näiteks väiksemad ettevõtjad. Õiguslikust kontekstist annavad ühispakkumused hankijale võimaluse konkurentsiefektiivselt ära kasutada, kuivõrd tänu ühispakkumuste esitamise võimalusele saavad rohkem ettevõtjaid osaleda riigihankes ning hankijal on suurem valik pakkumusi, mida omavahel võrrelda. Samuti võib hankijal esineda vajadus suurte projektide läbiviimiseks, mida ei ole võimalik osadeks jagada ja mille jaoks vastaks hankija eesmärkidele paremini ühispakkumus mitme eraldiseisva pakkumuse asemel. Seetõttu tuleb ka

¹⁹⁹ Kjær-Hansen, E., Alsing, J, lk 245; Sàncles Graells, A. Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?, lk 162.

²⁰⁰ Dunne, N. The Role of Private Enforcement within EU Competition Law. – Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2014, Volume 16, lk 167.

ühispakkumuste majanduslikku ja õiguslikku konteksti arvestades järeldata, et ühispakkumuste raames hinna kindlaksmääramine ei ole samastatav ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisega. Kui konkurentsioigust rangelt rakendada riigihangete kontekstis ning ühispakkumuste raames hinna kooskõlastamine lugeda automaatselt rikkumiseks, ei saa riigihangetes konkurentsist efektiivselt ära kasutada, kui sisuliselt ühispakkumuste esitamine keelatud on. Seetõttu ei saa, arvestades majanduslikku ja õiguslikku konteksti, hindade kindlaksmääramine ühispakkumuste raames olla kvalifitseeritav ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisena.

Lisaks eeltoodule tuleb kaaluda ühispakkujate subjektiivset tahtlust ja koostöö avalikkust. Euroopa Kohus on märkinud, et kuigi poolte tahe ei ole oluline asjaolu hindamiseks, kas kooskõlastatud tegevus piirab konkurentsist, ei ole poolte tahtega arvestamine keelatud.²⁰¹ Ka EFTA Kohus²⁰² märkis Norra Ülemkohtu (*Norges Høyesterett*) taotlusele²⁰³ vastuseks, et poolte tahet võib arvesse võtta, kuid see ei ole vajalik.²⁰⁴ Ühispakkumuste esitamine riigihangetes on üks nendest olukordadest, kus tuleks arvestada poolte tahtega. Ühispakkujate tahe enamikel juhtudel ei ole konkurentsist piirata, vaid esitada ühispakkumus. Poolte tahtega tuleb seetõttu ühispakkumuste raames arvestada, kuivõrd võib nähtuda, et poolte tahe on olnud esitada ühispakkumus riigihankes mitte piirata konkurentsist. Samuti võib nähtuda vastupidine, millega tuleks samuti arvestada. Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi* järeldata kohus, et poolte ühispakkumuse eesmärk oli objektiivselt piirata konkurentsist, mida muuhulgas tõendasid poolte loodud ühise äriühingu dokumendid.²⁰⁵ Sellisel juhul on selge, et poolte tahe on olnud konkurentsist vähendada, kui esinevad tõendid, mis seda kinnitavad. Kui ühispakkujatel puudub tahtlus konkurentsist kahjustada, võiks see vähemalt olla aluseks määratavate trahvide vähendamisele. Järelikult tuleb arvestada ühispakkujate puhul nende subjektiivse tahtlusega, mis näitaks, kas poolte tahe on olnud vähendada konkurentsist või mitte. Seeläbi saab tuvastada, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsist kahjustav eesmärk. Ka õiguskirjanduses on leitud, et kui leidub tõendeid, milleks võib olla näiteks e-kirjavahetus, mis näitaksid, et

²⁰¹ C-8/08, *T-Mobile Netherlands jt*, p 27; C-67/13 P, *CB vs. komisjon*, p 54; C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító jt*, p 37; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt*, p 58.

²⁰² EFTA – European Free Trade Association. Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni loodud kohus täidab kohtu ülesandeid EFTA süsteemis, tõlgendades Euroopa Majanduspiirkonna lepingut seoses EFTA lepinguosalistest riikidega. Praegu on need riigid Island, Liechtenstein ja Norra. Vt Euroopa e-õiguskeskonna portaali – https://e-justice.europa.eu/content_international_case_law-150-et.do (18.04.2020).

²⁰³ Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi* esitas Norra Ülemkohus EFTA Kohtule taotluse seoses Euroopa Majanduspiirkonna lepingu art 53 tõlgendamisega, mis oma sisult vastab ELTL art 101 lg-le 1. Vt EFTA Court. Judgment of the Court E-3/16EFTA, 22.12.2016. – https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2019/01/3_16_Judgment_EN.pdf (18.04.2020).

²⁰⁴ EFTA Court. Judgment of the Court E-3/16EFTA, 22.12.2016, resolutsioon p 4.

²⁰⁵ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 47.

ühispakkumuse eesmärk on konkurentsi vähendamine ja seeläbi soodsamate tingimuste tagamise hõlbustamine, võiks selliste tõenditega arvestada kaaludes, kas ühispakkumus on konkurentsi kahjustav.²⁰⁶

Õiguslikult on vaieldav, kas ja kuivõrd tuleks arvestada asjaoluga, et ühispakkujatevaheline koostöö on avalik. Avalikkuse kriteeriumi kohta ei ole Euroopa Kohus seisukohta avaldanud. EFTA Kohus märkis avalikkuse kohta, et kuigi pakkumuse ühise olemuse avalikustamine hankijale võib olla märk sellest, et ühispakkujad ei tahtnud rikkuda kokkulepete keelu regulatsiooni, ei ole tegemist eeldusega selgitamiseks välja, kas kokkuleppe eesmärk on konkurentsi kahjustada.²⁰⁷ Kuivõrd puudub Euroopa Kohtu praktika, mille kohaselt oleks oluline koostöö avalikkusega arvestamine, ei ole põhjust avalikkust ka ühispakkujate puhul arvesse võtta. Seda ka seetõttu, et selline lähenemine sunniks hindama erinevat liiki ühispakkumusi erinevalt. Kui ühispakkumuse esitavad ettevõtjad, kes kõik allkirjastavad hankilepingu, on koostöö avalik. Kui aga koostööd tehakse alltöövõtu kaudu, allkirjastab hankilepingu vaid pakkuja mitte alltöövõtja ning seetõttu ei ole koostöö avalik. Kui aga avalikkuse kriteeriumiga arvestada, tuleks erinevaid koostööliike hinnata erinevalt. Lisaks tuleb hankijale igal juhul teatavaks teha, kui toetutakse teise ettevõtja suutlikkusele.²⁰⁸ Järelikult ei tule arvestada koostöö avalikkusega koostöö konkurentsi kahjustava eesmärgi hindamisel, kuivõrd Euroopa Kohtu praktikas pole sellise kriteeriumiga arvestatud ning selline lähenemine viiks erinevat liiki ühispakkumuste erinevale hindamisele. Ka õiguskirjanduses on leitud, et kuivõrd koostöö tuleb hankijale igal juhul teatavaks teha ning kuivõrd koostöö avalikkus ei muuda koostöö mõju konkurentstile, ei tuleks koostöö avalikkusega arvestada.²⁰⁹

Seega, kui arvestada ühispakkumuste majanduslikku ja õiguslikku konteksti, ühispakkumuste eesmärki ning ühispakkujate subjektiivset tahet, ei saa ühispakkujatevahelist hinnaalast koostööd automaatselt lugeda hindade kindlaksmääramiseks ELTL art 101 lg 1 p a mõttes ning seega konkurentsi kahjustava eesmärgiga koostööks. Ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustavat eesmärki tuleb igakordselt vastavalt asjaoludele hinnata, juhindudes Euroopa Kohtu praktikas väljakujunenud kriteeriumitest. Seetõttu tuleb igakordselt tuvastada, kas ühispakkujatevaheline koostöö rikub konkurentsi piisavas ulatuses, mis sõltub konkreetsetest asjaoludest.

²⁰⁶ Thomas, C, lk 634.

²⁰⁷ EFTA Court. Judgment of the Court E-3/16EFTA, 22.12.2016, resolutsioon p 6.

²⁰⁸ Vt direktiiv 2014/24/EL art 63 lg 1; RHS § 103 lg 1.

²⁰⁹ Anchustegui, I. H., lk 174-179.

Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi* leidis Norra Ülemkohus, et ühispakkujatevaheline koostöö kahjustas konkurentsi piisavas ulatuses. Kohus põhjendas eeltoodut asjaoluga, et omavahelist konkurentsi vähendati, kuivõrd koostööd tehes vähendati konkurentsipurvet, mis oleks muidu eksisteerinud teadmatusel, kas teine pool esitab individuaalse pakkumuse või mitte.²¹⁰ Eeltoodust ei saa aga järeldada, nagu tegemist oleks seetõttu konkurentsi kahjustamisega piisavas ulatuses. Konkurentsi piisavas ulatuses kahjustamise tuvastamiseks ei piisa nentimisest, et koostöö võib konkurentsi kahjustada või nentimisest, et tõenäoliselt on tegevus konkurentsi kahjustav. Kuivõrd eesmärgil põhineva konkurentsipiirangu mõistet tuleb tõlgendada kitsalt, tuleb ka konkreetsel juhul ära näidata, milles seisneb konkurentsi piisav kahjustumine. Igasugune kokkulepe, mis võib mõju avaldada konkurentsile, ei ole konkurentsi kahjustava eesmärgiga kokkulepe. Seega tuleb tuvastada, millest konkreetselt nähtub, et ühispakkujatevaheline koostöö võib konkurentsi piisavas ulatuses kahjustada.

EFTA Kohus märkis Norra Ülemkohtu taotlusele asjas *Ski Taxi/Follo Taxi* vastuseks, et kokkulepe kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses ainult siis, kui selle kahjulik olemus on kergesti tuvastatav.²¹¹ Kuigi varasemas praktikas on Euroopa Kohus leidnud, et peab olema lihtsalt ja konkreetselt tuvastatav mõju konkurentsile, siis hilisemas praktikas on lähtutud, et tuvastada tuleb konkurentsi kahjustumine piisavas ulatuses ning ei ole toetunud lihtsasti tuvastatavuse kriteeriumile. Seetõttu ei ole selles osas EFTA Kohtu suunised asjakohased. Ka õiguskirjanduses on leitud, et kuigi EFTA Kohtu otsus annab hea indikatsiooni, kuidas läheneda ühispakkujatevahelise koostöö hindamisele, on EFTA Kohus lisanud uudse kriteeriumi, mida Euroopa Kohtu praktikast ei nähtu.²¹²

Juhul kui leida, et ühispakkujatevaheline kokkulepe kvalifitseerub kauplemissokkuleppena, on tegemist eesmärgipärase rikkumisega ELTL art 101 suuniste kohaselt. Tegemist ei ole eesmärgipärase rikkumisega vaid juhul, kui pooltevaheline kokkulepe kvalifitseeruks tootmiskokkuleppena ning piirang oleks vajalik ühistootmiseks.²¹³ Sellisel juhul peaksid ühispakkujad tõendama, et tegemist on tootmiskokkuleppe mitte kauplemissokkuleppega, mis eeldaks tõelist kahe ettevõtja ressursside integratsiooni. Seega tuleks igakordselt hinnata, kas pooltevaheline kokkulepe võiks kvalifitseeruda kauplemis- või tootmiskokkuleppena ning kui tegemist on tootmiskokkuleppega, tuleks hinnata ühise hinna kindlaksmääramise vajalikkust.²¹⁴

²¹⁰ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 44-46.

²¹¹ EFTA Court. Judgment of the Court E-3/16EFTA, 22.12.2016, resolutsioon p 3.

²¹² Anchustegui, I. H., lk 174-179.

²¹³ ELTL art 101 suunised, p 160-161.

²¹⁴ Gomez, L. jt, lk 430-435; Ritter, C, lk 11-12.

Kokkuvõttes, hinnates, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk, tuleb hinnata, kas ühispakkujatevaheline koostöö kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses. Ühispakkujatevahelist koostööd ei saa automaatselt kvalifitseerida ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisena seetõttu, et ühispakkujad kooskõlastavad ühispakkumuse hinna. Hindade kindlaksmääramine ühispakkumuse raames ei ole samastatav hindade kindlaksmääramisega ELTL art 101 lg 1 p a tähenduses, arvestades riigihangete eripära ning Euroopa Kohtu praktikast tulenevate kriteeriumitega nagu ühispakkumuse majanduslik ja õiguslik kontekst, ühispakkumuse eesmärk ning ühispakkujate subjektiivne tahe. Asjaolu, et ühispakkujad teevad enamasti avalikult koostööd, ei tule arvesse võtta, kui hinnata ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustavat eesmärki.

Kui tuvastada, et ühispakkujatevaheline koostöö on konkurentsi kahjustava eesmärgiga, on tegemist ebaseadusliku koostööga. Sellisel juhul tuleb analüüsida, kas võiks kohalduda ELTL art 101 lg 3 või KonkS § 6 lg 1 tõhususe suurenemise erand, mis muudaks koostöö seaduslikuks. Kui tuvastada, et ühispakkujatevaheline koostöö ei ole konkurentsi kahjustava eesmärgiga, tuleb tuvastada, kas ühispakkujatevaheline koostöö on konkurentsi kahjustava tagajärjega.

3.2. Konkurentsi kahjustav tagajärg riigihangete kontekstis

Kui ettevõtjatevahelisel kokkuleppel, kooskõlastatud tegevusel või ettevõtjate ühenduse otsusel puudub konkurentsi kahjustav eesmärk, tuleb uurida selle konkurentsi kahjustavat tagajärge.²¹⁵ Seejuures tuleb arvesse võtta nii tegelikku kui ka võimalikku mõju konkrentsile, mistõttu peab kokkuleppel, tegevusel või otsusel olema vähemalt tõenäoline konkrentsivastane mõju.²¹⁶

Tuvastamaks, et ettevõtjatevahelisel kokkuleppel esineb konkurentsi kahjustav tagajärg, peab kokkulepe tegelikult või tõenäoliselt avaldama arvestatavat kahjulikku mõju vähemalt ühele turu konkrentsiparameetrile. Turu konkrentsiparameetriteks on hind, toodang, toodete kvaliteet, toodete valik ja innovatsioon.²¹⁷ Kokkuleppel võib konkurentsi kahjustav mõju olla juhul, kui kokkulepe vähendab märkimisväärselt konkrentsi kokkuleppe sõlminud ettevõtjate vahel või mõne kokkuleppeosalise ja kolmanda isiku vahel. Näiteks on teabe vahetamise kokkulepped vastuolus ELTL art 101 lg-ga 1, kui need kokkulepped vähendavad teadmatuse astet vastava turu toimimise kohta või teevad teadmatuse astme olematuks, mis viib

²¹⁵ Whish, R., Bailey, D, lk 120.

²¹⁶ ELTL art 101 suunised, p 26.

²¹⁷ ELTL art 101 suunised, p 27.

konkurentsipiirangu tekkimiseni ettevõtjate vahel.²¹⁸ Seega peab kokkulepe märkimisväärselt vähendama kokkuleppe sõlminud ettevõtjate sõltumatust otsuste tegemisel, kas kokkuleppes sisalduvate kohustuste tõttu või meetmete tõttu, mis muudavad vähemalt ühe kokkuleppeosalise stiimuleid ja mõjutavad seeläbi ta turukäitumist.²¹⁹

Hinnates, kas ettevõtjatevahelisel kokkuleppel on konkurentsi kahjustav tagajärg ELTL art 101 lg 1 mõttes, tuleb arvesse võtta selle kokkuleppe toimimise tegelikke tingimusi, eriti majanduslikku olukorda, milles ettevõtjad tegutsevad, kokkuleppenga hõlmatud tooteid või teenuseid ja asjaomase turu tegelikku struktuuri.²²⁰ Võimalikku ettevõtjatevahelise kokkuleppe konkurentsi kahjustavat tagajärge tuleb hinnata võrdluses tegeliku õigusliku ja majandusliku kontekstiga, kus konkurents toimiks kokkuleppe ja sellega kaasnevate piirangute puudumisel. Järelikult tuleb tegeliku või võimaliku konkurentsi piirava mõju tõendamisel arvestada kokkuleppeosaliste vahelist konkurentsi ning tegelikku või võimalikku konkurentsi, mis oleks esinenud kokkuleppe puudumise korral. Seejuures ei võeta arvesse võimalikku tõhususe suurenemist, mida hinnatakse vaid ELTL art 101 lg 3 raames.²²¹

Hinnates, kas kokkuleppele, tegevusel või otsusel on konkurentsi kahjustav tagajärg, tuleb analüüsida ka, ega tegemist ei ole seonduva piiranguga.²²² Euroopa Üldkohus on kohtuasjas T-112/99, *M6 jt vs. komisjon*²²³ selgitanud seonduva piirangu (*ancillary restraint*) mõistet Euroopa Liidu konkurentsioiguses. Euroopa Liidu konkurentsioiguses hõlmab seonduva piirang mõiste igat piirangut, mis on põhitehinguga otseselt seotud ja selle teostamiseks vajalik.²²⁴ Põhitehinguga otseselt seotud piiranguks tuleb pidada igat piirangut, mis on nende omavahelise sõltuvuse seisukohast vähem tähtis kui põhitehingu teostamine, kuid sellega ilmselgelt seotud. Piirangu vajalikkuse kindlakstegemisel tuleb uurida kahte elementi: 1) kas

²¹⁸ EKo C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL versus Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, p 51; EKo C-7/95 P, *John Deere Ltd versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1998:256, p 88; EKo C-194/99 P, *Thyssen Stahl AG versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2003:527, p 81.

²¹⁹ ELTL art 101 suunised, p 27.

²²⁰ EKo C-399/93, *H. G. Oude Luttikhuis ja teised versus Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, ECLI:EU:C:1995:434, p 10; T-374/94, *European Night Services jt vs. komisjon*, p 136.

²²¹ ELTL art 101 suunised, p 29.

²²² Whish, R., Bailey, D, lk 129.

²²³ EÜKo T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom ja Télévision française 1 SA (TF1) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2001:215.

²²⁴ T-112/99, *M6 jt vs. komisjon*, p 104-107; Nourry, A., Harrison, D. Transactions and practices: EU Joint ventures. Practical Law UK Practice Note. Thomson Reuters Practical Law. – [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-3702?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_pageContainer](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-3702?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_pageContainer) (20.04.2020), lk 31; Dean, M. jt. EU competition law: joint ventures. Practical Law UK Practice Note. Thomson Reuters Practical Law. – [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-107-3581?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-107-3581?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (20.04.2020), lk 23.

piirang on põhitehingu teostamiseks objektiivselt vajalik ja 2) kas see on põhitehinguga võrreldes proportsionaalne. Piirangu objektiivse vajalikkuse osas ei tule kaaluda kokkuleppe konkurentsi edendavat ja konkurentsivastast mõju, neid tuleb analüüsida vaid ELTL art 101 lg 3 raames.²²⁵ Juhul kui põhitehingule ei kohaldu ELTL art 101 lg 1, ei kohaldu ELTL art 101 lg 1 ka piirangutele, mis on otseselt seotud ja vajalikud selle tehingu teostamiseks. Kui aga põhitehing on keelatud ELTL art 101 lg 1 mõttes, kuid sellele kohaldatakse ELTL art 101 lg 3 tõhususe suurenemise erandit, kohaldatakse erandit ka seonduvatele piirangutele.²²⁶ Seega on seonduv piirang selline ettevõtjatevaheline kokkulepe, mis on objektiivselt vajalik ja proportsionaalne teatud konkurentsi mitte kahjustavate äriliste eesmärkide saavutamiseks.

Järelikult, hinnates, kas ettevõtjatevahelisel kokkuleppel, kooskõlastatud tegevusel või ettevõtjate ühenduse otsusel on konkurentsi kahjustav tagajärg, tuleb hinnata: 1) majanduslikku olukorda, milles ettevõtjad tegutsevad, sealhulgas arvestada nii majanduslikku kui ka õiguslikku konteksti; 2) kokkuleppega hõlmatud tooteid või teenuseid; 3) asjaomase turu tegelikku struktuuri. Seejuures tuleb arvestada, milline oleks olukord turul, kui vastavat ettevõtjatevahelist kokkulepet, kooskõlastatud tegevust või ettevõtjate ühenduse otsust ei eksisteeriks. Ettevõtjatevaheline koostöö ei tohi vähendada ettevõtjate teadmatust turu toimimise kohta. Kui ettevõtjatevaheline kokkuleppe on kvalifitseeritav seonduva piiranguna, tuleb tuvastada, kas selline kokkulepe on vajalik ja proportsionaalne teatavate konkurentsi mitte kahjustavate äriliste eesmärkide saavutamiseks.

Eeltoodud kriteeriume tuleb arvestada ka ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustavat tagajärge hinnates. Kui ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine konkurentsi piisavas ulatuses ei kahjusta, tuleb analüüsida ühispakkujatevahelise koostöö tagajärgi konkurentstile. Tagajärgi konkurentstile tuleb hinnata nii riigihanke kui ka asjaomase turu mõttes. Kuivõrd konkurentsi kahjustavat tagajärge hinnatakse konkurentsiõiguses turu kui sellise suhtes, tuleb ka ühispakkujatevahelise koostöö tagajärgede hindamisel arvestada asjaomast turgu, kus ühispakkujad tegutsevad, mitte piirduda tagajärgedega konkreetsetes riigihankes.

Küsimusele, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav tagajärg, leiab vastuse vaid konkreetseid asjaolusid analüüsides. Skandinaavia maade kohtuasjades leidsid kohtud, et tegemist oli konkurentsi kahjustava eesmärgiga, mistõttu ei saa Skandinaavia maade

²²⁵ T-112/99, *M6 jt vs. komisjon*, p 105-107; Schütze, R, lk 316.

²²⁶ Nourry, A., Harrison, D, lk 31; Dean, M. jt, lk 23; T-112/99, *M6 jt vs. komisjon*, p 115 ja 116.

kohtuasjade pinnalt indikatsiooni, kuidas on kohtud analüüsinud konkurentsi kahjustavata tagajärge riigihangete kontekstis. Indikatsiooni saab aga sellest, milliseid asjaolusid on kohtud arvesse võtnud, hinnates majanduslikku olukorda, milles ettevõtjad tegutsevad. Samuti leidsid Norra kohtud kohtuasjades *Ski Taxi/Follo Taxi* ja *El Proffen*, et pooled vähendasid teadmatust turu toimimise kohta.²²⁷

Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi* esitasid Ski Takso ja Follo Takso oma 100%-lise tütarettevõtja SFT (*Ski Follo Taxidrift AS*) kaudu ühispakkumuse. Norra Ülemkohus leidis, et poolte soov oli omavahelist konkurentsi vähendada, mida tõendasid SFT dokumendid.²²⁸ Kuigi Norra Ülemkohus leidis, et konkreetsel juhul oli tegemist konkurentsi kahjustava eesmärgiga, on ühispakkumuse tegemine läbi ühise ettevõtja oluline ka juhul, kui analüüsida koostöö kahjustavat tagajärge. Asjaolu, et pooled esitasid ühispakkumuse läbi SFT, on oluline, kuivõrd tegemist ei ole sellisel juhul ühekordse koostööga ning sellega tuleb arvestada, analüüsides konkurentsi kahjustavat tagajärge. Antud kohtuasjas nähtus SFT dokumentidest, et koostöö vähendas omavahelist konkurentsi. Euroopa Kohtu praktika kohaselt peavad aga ettevõtjad turul tegutsema sõltumatult ning omavaheline koostöö ei tohi vähendada sõltumatuse ja teadmatuse astet turul. Seega oli *Ski Taxi/Follo Taxi* kohtuasjas poolte koostöö liiga laiahaardeline, kuivõrd omavaheline konkurents oli vähenenud tänu ühise ettevõtja loomisele ja läbi ühise ettevõtja koostöö tegemisele. Võimalik, et kui pooled ei oleks läbi ühise ettevõtja ühispakkumust esitanud, ei oleks kohus leidnud, et koostöö kahjustab konkurentsi. Kui koostöö poolte vahel on laiahaardeline, tähendab see, et tõenäoliselt omab pooltevaheline koostöö kahjulikku mõju ka konkurentsile turul, kuivõrd elimineerib poolte omavahelist konkurentsi ja teadmatust turul. Seetõttu on tõenäoline, et kui Norra Ülemkohus ei oleks leidnud, et tegemist oli konkurentsi kahjustava eesmärgiga, oleks tegemist olnud konkurentsi kahjustava tagajärjega. Järelikult tuleb ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustava tagajärje analüüsimisel arvesse võtta asjaolu, et ühispakkujad on ühispakkumuse esitanud läbi ühise ettevõtja ning koostöö võib olla laiahaardelisem, kui vajalik.

Analüüsides konkurentsi kahjustavat tagajärge, tuleb arvestada ka, et tegemist võib olla seonduva piiranguga. Ka EFTA Kohus märkis, et tuleb hinnata, kas ühine hinna kindlaksmääramine võib olla seonduv piirang.²²⁹ Kuivõrd Euroopa Kohtu kohaselt hõlmab seonduva piirang mõiste igat piirangut, mis on põhitehinguga otseselt seotud ja selle

²²⁷ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 45; Konkurransklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 262, 265.

²²⁸ The Supreme Court of Norway. HR-2017-1229-A, nr 2015/203, 22.06.2017, p 47.

²²⁹ EFTA Court. Judgment of the Court E-3/16EFTA, 22.12.2016, resolutsioon p 5.

teostamiseks vajalik, tuleb tuvastada ühispakkumuse puhul, mida võib pidada põhitehinguks ja mida lugeda põhitehinguga otseselt seotud piiranguks. Kuivõrd ühispakkumuse instituudi mõte on anda riigihankes osalemise võimalus ka neile ettevõtjatele, kes ilma koostööd tegemata ja kellegi teise ressursse kasutamata ei saaks riigihankes osaleda, saab ühispakkumuse mõtteks ja ühispakkumuse esitamise eesmärgiks lugeda ettevõtjate ressursside liitmist. Seega saab lugeda, et ühispakkujatevaheline nn põhitehing on ressursside liitmine. Põhitehinguga otseselt seotud piiranguks võiks olla ühine hindade kindlaksmääramine seetõttu, et ühine hinna määramine võimaldab ettevõtjatel võimaluse iseseisvalt määrata oma toodete või teenuste hind. Ühispakkumust ei saa aga esitada ilma ühist hinda hankijale määramata. Seega selleks, et ühispakkujad saaksid oma ressursid liita ja riigihankes pakkumuse esitada, on mõõdapääsmatu määrata kindlaks hind, mistõttu võiks hinna kindlaksmääramine olla põhitehinguga otseselt seotud piirang. Ühine hinna kindlaksmääramine on ressursside liitmisega kaasnev, kuivõrd hinda kindlaks määramata ei saa esitada ka ühispakkumust.

On siiski õiguslikult vaieldav, kas ühist hinna kindlaksmääramist saab pidada seonduvaks piiranguks. Kui leida, et hinnaalast koostööd ühispakkujate vahel ei saa pidada ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramiseks, siis ei saa pidada hinnaalast koostööd seonduvaks piiranguks. Seonduva piirangu analüüsini jõutakse juhul, kui leida, et ettevõtjatevahelisel kokkuleppel, kooskõlastatud tegevusel või ettevõtjate ühenduse otsusel puudub konkurentsi kahjustav eesmärk. Seejärel tuleb hinnata konkurentsi kahjustavat tagajärge ning võib järeldada, et piirang on seonduv piirang, mistõttu ei oleks tegemist ebaseadusliku piiranguga. Kui aga leida, et ühispakkujatevahelist hinnaalast koostööd ei saa pidada hindade kindlaksmääramiseks ELTL art 101 lg 1 p a mõttes, ei saa ka järeldada, et tegemist võib olla seonduva piiranguga. Seda seetõttu, et sellisel juhul peaks nentima, et hinna kindlaksmääramine on piirang, mis muudaks selle aga eesmärgipäraseks piiranguks. Ka õiguskirjanduses on leitud, et ühispakkumuste puhul ei saa leida, et hinnaalane koostöö oleks seonduv piirang, kuivõrd tegemist oleks ebaloogilise konkurentsiõiguse käsitlemisega.²³⁰ Järelikult ei saa ühist hinna kindlaksmääramist pidada seonduvaks piiranguks.

Ka Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi* leidis Norra Ülemkohus, et hinna kooskõlastamist ei saa lugeda seonduvaks piiranguks, kuivõrd hindade kooskõlastamine ei ole ressursside liitmisega seonduv piirang ning ettevõtjatevaheliseks põhikokkuleppeks, mille seonduvaks

²³⁰ Sàñches Graells, A. *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, lk 163; Anchustegui, I. H., lk 174-179.

piiranguks oleks hindade kooskõlastamine, ei saa lugeda ressursside liitmist.²³¹ Nagu ilmneb eelneva analüüsi põhjal, saab ettevõtjatevaheliseks põhikokkuleppeks pidada ressursside liitmist, kuid hinna kooskõlastamist ei saa seonduvaks piiranguks lugeda. Isegi kui ühist hinna kindlaksmääramist saaks lugeda seonduvaks piiranguks, peaks see olema objektiivselt vajalik põhitehingu teostamiseks, samuti proportsionaalne. Seejuures peaks ühispakkumuse hinna kindlaksmääramine olema vaid üks osa ühispakkujatevahelisest koostööst, põhiline koostöö ja kooskõlastamine peaks hõlmama keskendumist vajalikele toodetele või teenustele, mis oleks hankelepingu esemeks. Seetõttu sõltuks hinna kindlaksmääramise proportsionaalsus konkreetsetest asjaoludest. Ühispakkujate puhul võib aga tegemist olla ka juhuga, kus reaalsed koostööd ei toimu, vaid jagatakse teatavad tööd, mida kumbki ühispakkujatest teostab. Sellisel juhul ei oleks tõenäoliselt hinna kindlaksmääramine proportsionaalne. Seega, isegi kui ühist hinna kindlaksmääramist saaks pidada seonduvaks piiranguks, tuleks analüüsida selle vajalikkust ning proportsionaalsust. Sarnane analüüs tuleks teostada ka juhul, kui analüüsida, kas ühispakkujatevaheline kokkulepe on tootmiskokkulepe, mille raames on hindade kindlaksmääramine vajalik.

Kokkuvõttes tuleb ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustavat tagajärge analüüsida, arvestades kriteeriume, mida Euroopa Kohus on välja toonud. Lisaks Euroopa Kohtu välja toodud kriteeriumitele tuleb arvestada ka, kas ühispakkujad on ühispakkumuse esitanud läbi ühise ettevõtja, mistõttu oleks nendevaheline koostöö laiahaardelisem kui vajalik, mis tõenäoliselt tähendaks konkurentsi kahjustava tagajärje olemasolu. Teoreetiliselt tuleks hinnata ka, kas ühispakkujatevaheline hinna kindlaksmääramine on seonduv piirang, kuid praktikas on ebatõenäoline, et tegemist oleks seonduva piiranguga, arvestades käsitlust, et ühist hinna kindlaksmääramist ei saa lugeda ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramiseks.

Kui ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav tagajärg, on järelikult tegemist ebaseadusliku koostööga. Sellisel juhul tuleb analüüsida, kas esineb ELTL art 101 lg 3 või KonkS § 6 lg 1 tõhususe suurenemise erand, mis muudaks ühispakkujatevahelise koostöö seaduslikuks. Kui ühispakkujatevahelisel koostööl puudub konkurentsi kahjustav tagajärg, on tegemist seadusliku koostööga.

²³¹ The Supreme Court of Norway. HR-2017-1229-A, nr 2015/203, 22.06.2017, p 56-58.

4. ÜHISPAKKUMUSE VÕI ÜHISTAOTLUSE KAUDU KOOSTÖÖ TEGEMISE SEADUSLIKKUS KONKURENTSIREEGLITE RIKKUMISE KORRAL

Antud peatüki eesmärk on välja selgitada, millistel erandlikel juhtudel on ühispakkujate- või ühistaotlejatevaheline koostöö lubatav, isegi kui ühispakkujate- või ühistaotlejatevaheline koostöö on ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 mõttes konkurentsikahjustav koostöö.

Kui tegemist on konkurentsikahjustava koostööga, võib ELTL art 101 lg 3 ja KonkS § 6 lg 1 alusel vastav koostöö siiski olla lubatav.²³² Koostöö võib seaduslik olla ka juhul, kui kohaldub nn *de minimis* erand. Erand kohaldub vähetähtsatele koostöödele, st kui poolte turuosa ei ole suurem kui 10% horisontaalse ja suurem kui 15% vertikaalse kokkuleppe, tegevuse või otsuse korral. Eesmärgipärastele rikkumistele *de minimis* erand aga ei kohaldu.²³³ Õiguskirjanduses on leitud, et ühispakkujatevahelise ebaseadusliku koostöö saab seaduslikuks muuta kõige tõenäolisemalt ELTL art 101 lg 3 erand,²³⁴ mistõttu käsitletakse magistritöös vastavat erandit.

ELTL art 101 lg 3 kohaldamisalast ei ole välistatud ühtegi tüüpi kokkulepped. See tähendab, et ka nn rasked konkurentsioiguse rikkumised ELTL art 101 lg 1 alusel võivad täita ELTL art 101 lg-s 3 sätestatud erandi tingimused ja olla seetõttu lubatud.²³⁵ Erand on ette nähtud, kuivõrd konkurentsikahjustav kokkulepe võib endaga kaasa tuua teatavaid positiivseid tagajärgi, mis on olulisemad, kui kokkuleppe negatiivsed tagajärjed. Erandi puudumisel võiks positiivsete tagajärgede asemel tagajärjeks olla arengu pärssimine ning kahju nii tarbijatele kui ka kogu ettevõtlussektorile.²³⁶ Kui ettevõtjad soovivad tugineda ELTL art 101 lg 3 erandile, lasub neil tõendamiskoormis näitamaks, et kõik neli kumulatiivset tingimust on täidetud ning ELTL art 101 lg-s 3 ette nähtud erand kohaldub.²³⁷

²³² Schütze, R, lk 317; Jones, A., Sufrin, B, 2016, lk 182-183; Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 56.

²³³ Whish, R., Bailey, D, lk 140-143; Schütze, R, lk 316-317; Komisjoni teatis – Teatis vähetähtsate kokkulepete kohta, mis ei piira märgatavalt konkurents Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 lõike 1 kohaselt (*de minimis*). – ELT C 291, 30.08.2014, lk 1-4, p 1, 2, 8.

²³⁴ Ritter, C, lk 16; Thomas, C, lk 634; Gomez, L. jt, lk 430-435.

²³⁵ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 46; EÜKo T-17/93, *Matra Hachette SA versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1994:89, p 85; Schütze, R, lk 317.

²³⁶ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 62.

²³⁷ Jones, A., Sufrin, B, 2016, lk 123; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt*, p 82, 83; EKo C-43/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, ja Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBVB, versus Euroopa Ühenduste Komisjon*; ECLI:EU:C:1984:9, lk 68, p 52.

ELTL art 101 lg 3 kohaselt võib ELTL art 101 lg 1 sätteid kuulutada kohaldamatuks koostööliikide suhtes, mis aitavad parandada kaupade tootmist või levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi, võimaldades samal ajal tarbijatel saada sellest tulenevast kasust õiglase osa, ilma et

- a) kehtestaks asjassepuutuvatele ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole nimetatud eesmärkide saavutamiseks hädavajalikud;
- b) annaks sellistele ettevõtjatele võimalust kõrvaldada konkurentsi kõnesolevate toodete olulise osa suhtes.

Erand sisaldub ka Eesti õiguses KonkS § 6 lg-s 1. KonkS § 6 lg 1 kohaselt ei kohaldata keeldu kokkuleppe, tegevuse või otsuse suhtes, mis:

- 1) aitab parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi või kaitsta keskkonda, võimaldades tarbijatel saada sellest tulenevast kasust õiglase osa;
- 2) ei kehtesta kokkulepet sõlmivatele, kooskõlastatult tegutsevatele või otsust vastuvõtivatele ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole hädavajalikud lõike punktis 1 nimetatud eesmärkide saavutamiseks;
- 3) ei anna kokkulepet sõlmivatele, kooskõlastatult tegutsevatele või otsust vastuvõtivatele ettevõtjatele võimalust kõrvaldada konkurentsi kaubaturu olulise osa suhtes.

Seega on ELTL art 101 lg 3 kohaldumiseks vajalik analüüsida nelja kumulatiivset tingimust, millest kaks on positiivsed ja kaks negatiivsed: 1) kokkulepe, kooskõlastatud tegevus või otsus peab aitama parandada kaupade tootmist või levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi; 2) tarbijad peavad saama sellest tulenevast kasust õiglase osa; 3) kokkulepe, kooskõlastatud tegevus või otsus ei kehtesta ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole hädavajalikud; 4) ettevõtjatele ei tohi anda võimalust kõrvaldada konkurentsi toodete olulise osa suhtes.²³⁸ Erisusena ELTL art 101 lg 3 suhtes sätestab KonkS § 6 lg 1 p 1, et positiivseks tagajärjeks loetakse ka seda, kui kokkulepe, tegevus või otsus aitab kaitsta keskkonda.

4.1. Koostööst tulenev objektiivne kasu riigihangete kontekstis

Hinnates esimest ELTL art 101 lg 3 tingimust, s.o. kas ettevõtjatevaheline kokkulepe, kooskõlastatud tegevus või ettevõtjate ühenduse otsus aitab parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi, tuleb hinnata objektiivset kasu

²³⁸ ELTL art 101 suunised, p 49; Schütze, R, lk 317-319; Thomas, C, lk 634-635.

kogu Euroopa Liidule, mitte ettevõtjate subjektiivset kasu neile endile.²³⁹ Euroopa Kohus on selgitanud, et ELTL art 101 lg 3 mõttes aitamine ei tähenda kogu kasu, mida selles kokkuleppes osalevad ettevõtjad oma tegevusest saavad, vaid sellist tuntavat objektiivset kasu, mis võib kompenseerida kokkuleppes konkurentsile tekkiva kahju.²⁴⁰ Euroopa Kohtu järgi tuleb hindamisel lähtuda nendest faktilisi asjaolusid puudutavatest argumentidest ja tõenditest, mida pooled on esitanud. Samuti märkis kohus, et vajalik võib olla arvestada ka kokkuleppes seotud sektori laadi ja võimalikke iseärasusi, kui laad ja iseärasused on otsustava tähtsusega.²⁴¹ Tegemist peab olema ühega ELTL art 101 lg-s 3 loetletud positiivse tagajärgjega ning korraga võivad esineda ka mitu ELTL art 101 lg-s 3 loetletud positiivset tagajärge.²⁴² Kokkuleppe positiivne tagajärg peab üles kaaluma konkurentsipiirangu negatiivse tagajärje.²⁴³

Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt peavad erandile tuginevad ettevõtjad tõendama järgnevat: väidetava tõhususe laad, seos kokkuleppe ja tõhususe vahel, iga väidetava tõhususe tõenäosus ja suurusjärk ning kuidas ja millal saavutatakse iga väidetav tõhusus.²⁴⁴ Väidetava kulutõhususe korral peavad ettevõtjad võimalikult täpselt arvutama või hindama tõhususe suurenemise väärtuse ja kirjeldama üksikasjalikult, kuidas vastav summa on arvatud. Samuti peavad nad kirjeldama meetodit, mille abil tõhusus on saavutatud või saavutatakse. Esitatud andmed peavad olema kontrollitavad, et oleks piisav kindlus, et efektiivsuse kasv on realiseerunud või tõenäoliselt realiseerub.²⁴⁵

Riigihangete raames ühispakkumust tehes, kui ühispakkujad soovivad tugineda ELTL art 101 lg 3 erandile, peab ühispakkujatevaheline koostöö kaasa tooma ühe ELTL art 101 lg-s 3 nimetatud positiivse tagajärje. Esmalt tõusetub riigihangete raames küsimus, kas ühispakkujatevahelisest koostööst tulenev positiivne tagajärg peab olema turule kui sellisele või konkreetse riigihanke raames hankijale. Võib ette tulla olukordi, kus konkreetne riigihange ei mõjuta turgu niivõrd, et positiivne tagajärg konkreetsetes riigihankes konkreetsele hankijale mõjutaks märkimisväärselt olukorda turul. Kuivõrd Euroopa Kohus on rõhutanud, et positiivne tagajärg ei tähenda kasu, mida selles kokkuleppes osalevad ettevõtjad oma tegevusest saavad,

²³⁹ Whish, R., Bailey, D, lk 155.

²⁴⁰ EKo C-56/64, *Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH versus Euroopa Majandusühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:1966:41, lk 348; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt*, p 92; C-56/64, *Consten ja Grundig vs. EMÜ komisjon*, lk 348.

²⁴¹ C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services jt vs. komisjon jt*, p 102, 103.

²⁴² Whish, R., Bailey, D, lk 156.

²⁴³ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 64; Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 85.

²⁴⁴ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 51.

²⁴⁵ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 56.

vaid tuntavat objektiivset kasu, siis võib riigihangete kontekstis lugeda tingimus täidetuks ka juhul, kui positiivne tagajärg mõjutab vaid konkreetset hankijat konkreetsetes riigihankes.

Ühispakkumuste kontekstis võib kõne alla tulla kaks alternatiivi: tänu ühispakkumuse kaudu koostöö tegemisele suudetakse hankijale pakkuda midagi, mida individuaalset pakkumust esitades ei oleks võimalik pakkuda, st midagi uut, või ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine võimaldab kokku hoida kulusid. Esimese alternatiivi puhul peavad ühispakkujad suutma koostöö tulemusel pakkuda hankijale midagi uut, mis aitaks parandada kaupade tootmist või turustamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi. KonkS § 6 lg 1 puhul võib koostöö aidata kaasa ka keskkonna kaitsmisele. Teise alternatiivi puhul peab ühispakkujatevaheline koostöö viima hankija kulude kokkuhoiuni.

Rootsi kohtuasjas *Däckia/Euromaster* leidis Stockholmi ringkonnakohus, et asjaolu, et pooled said kulusid kokku hoida ühispakkumust tehes ei oma tähtsust, kuivõrd teatavaid kulutusi oleksid pooled pidanud tegema ka individuaalse pakkumuse esitamise korral. Kohus leidis, et poolte koostöös ei viidanud miski tehnilisele progressile ega aidanud parandada kaupade tootmist või turustamist.²⁴⁶ Rootsi kohtuasjas võttis kohus liialt range lähenemise, kuivõrd välistas igasuguse kulude kokkuhoiu, kui väitis, et pooled oleksid pidanud kulutusi tegema ka individuaalset pakkumust esitades. Sellest ei saa aga järeldada, et ühispakkumuse kaudu kulude kokkuhoid ja seeläbi ELTL art 101 lg 1 esimese tingimuse täitmine võimatu oleks. Kohtu lähenemine oli ebaõige, kuivõrd kohtu seisukoha kohaselt oleks ainuõige viis ELTL art 101 lg 3 esimene tingimus täita läbi selle, et poolte koostöös oleks tehniline progress või kaupade tootmise või turustamise parandamine. Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunistes on aga eraldi käsitletud olukordi, kus efektiivsuse kasv väljendub kulude kokkuhoiuna.

Norra kohtuasjas *Ski Taxi/Follo Taxi* märkis Norra Ülemkohus, et efektiivsuse kasv on juhul, kui ühispakkumuse tegemine hõlmab võimalikku ühispakkujate ressursside ühendamist, mille tulemusel suudavad ühispakkujad hankijale pakkuda paremat võimekust kui siis, kui kummagi ühispakkuja individuaalsed võimekused kokku oleks.²⁴⁷ Sellise lähenemisega tuleb nõustuda. Norra Ülemkohtu seisukohast järeldub, et efektiivsuse tõusuks võib pidada olukorda, kus ühispakkujad suudavad hankijale teha parema pakkumuse, kui individuaalseid pakkumusi tehes. Selline ühispakkumus peab aga mitte ainuüksi liitma ühispakkujate ressursid, vaid ühispakkujate ressursside ühendamisel peab tekkima midagi, mida kumbki ühispakkuja

²⁴⁶ Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014, lk 137-138.

²⁴⁷ The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 51, 52.

individuaalselt pakkuda ei suudaks. Ühispakkumus ei saa olla pelgalt kahe ettevõtja ressursside liitmine, mis aitab vaid teatavaid kulusid kokku hoida. Kuivõrd ühispakkujatevaheline koostöö peab looma midagi uut, ei saa lugeda piisavaks pelgalt ressursside liitmist. Ressursside liitmine saab kaasa tuua kulude kokkuhoiu mitte aga luua turule midagi uut. Ka õiguskirjanduses on leitud, et efektiivsuse tõusuks ei saa pidada pelgalt ressursside liitmist.²⁴⁸

Kui ühispakkujatevaheline koostöö viib kulude kokkuhoiuni, peavad ühispakkujad suutma tõendada, et tänu ühispakkujatevahelisele koostööle suudetakse kokku hoida kulusid. Kulude kokkuid peab tähendama kulude kokkuidu hankijale, mitte ainult ühispakkujatele endale, kuivõrd Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei tohi positiivne tagajärg mõjutada vaid ettevõtjaid endid. Kuivõrd ettevõtjad peavad väidetava kulutõhususe korral suutma kulude kokkuidu tõendada nii, et seda oleks võimalik kontrollida, peavad ettevõtjad, kes soovivad teha riigihankes ühispakkumust, juba ühispakkumuse koostamise faasis mõtlema sellele. Ühispakkujad peavad vaidluse korral suutma tõendada, et nendevahelise koostööga hoitakse kulusid kokku, mistõttu peavad ühispakkujad juba varajases staadiumis koguma tõendeid, tegema vastavaid arvutusi ning dokumenteerima kõike, mis aitab tõendada, et koostööl on positiivsed tagajärjed konkurentsioiguse mõttes. Seejuures tuleks, nagu ka ühispakkujate võimekuse suurendamise puhul, arvestada ajalisi piire, mille raames peavad ühispakkujad pakkumuse koostama. Seetõttu tuleks arvestada, kas ettenähtud ajaraamidest lähtuvalt on ühispakkujad esitanud piisavalt tõendeid, tõendamaks vastavat efektiivsuse tõusu. Vastasel juhul oleks tõenäoliselt välistatud ühispakkujate puhul erandile tuginemise võimalus, kuivõrd lühikese ajaga ei suudeta koguda piisavalt tõendeid, tõendamaks vastavat efektiivsuse tõusu. Lisaks eeltoodule saab hankija valida eduka pakkumuse esitanud pakkujaks sellise pakkuja, kelle pakkumus on soodsaim, mistõttu, kui ühispakkujad osutuvad selliseks pakkujaks, on kulude kokkuidu hankijale ka saavutatud. Seetõttu peaks teatud juhtudel olema ühispakkujate tõendamiskoormis mõnevõrra madalam, kui on ette nähtud konkurentsioiguses.

Norra kohtuasjas *El Proffen*, erinevalt teistest Skandinaavia maade kohtulahenditest, puudutas ühispakkujatevahelise koostöö kulude kokkuidu kui võimalikku efektiivsuse tõusu. Ühispakkujate kohaselt realiseeruks efektiivsuse tõus läbi selle, et ühispakkujad jagaks vastava ülesande sellele, kellel on parim võimekus, kiireim reageerimisaeg ning parim kogemus, mis viiks kulude vähenemiseni, kuivõrd ülesandeid teostataks lühema ajaga. Ühispakkujate kohaselt väheneksid ka administratiivsed kulud. Kohus leidis, et ühispakkumus ei sisaldanud

²⁴⁸ Thomas, C, lk 635.

efektiivsuse tõusu, kuivõrd ühispakkujad ei olnud tõendanud ega dokumenteerinud, et neil oleks kindel plaan väidetavate positiivsete tagajärgede jaoks, s.o. kõnede vastuvõtmiseks ja jagamiseks ühispakkujate vahel. Seetõttu leidis kohus, et puuduvad tõendid väitmaks, et esineb efektiivsuse tõus sellisena, nagu pooled väidavad, et see on, või et efektiivsuse tõus oleks olnud nii kaalukas, et oleks üles kaalunud konkurentsireeglite rikkumise negatiivsed tagajärjed.²⁴⁹ Kuigi *El Proffen* kohtuasjas leidis kohus, et tegemist ei olnud ELTL art 101 lg 3 kohase efektiivsuse tõusuga, ei väitnud kohus, et efektiivsuse tõus sellisena, nagu ühispakkujad väitsid efektiivsuse tõusu olevat, oleks välistatud. Erand ei olnud kohaldatav, kuivõrd ühispakkujad ei olnud täitnud neil lasuvat tõendamiskoormist. Seega ei saa välistada, et ELTL art 101 lg 3 esimene tingimus oleks täidetud, kui pooled tõendanuks, et hoiavad kulusid kokku ja saavad läbi ressursside ühendamise teha ka tõhusamalt hankijale vastavaid töid, mis viib omakorda hankija kulude kokkuhoiuni.

Skandinaavia maade kohtuasjade pinnalt saab teatava indikatsiooni, kuidas võivad kohtud praktikas tõhususe suurenemise erandit kohaldada riigihangete kontekstis ühispakkumustele. On tähelepanuväärne, et üheski kohtuasjas ei leidnud kohus, et erand oleks kohaldunud.²⁵⁰ Sellegipoolest ei ole kohtud välistanud täielikult erandi kohaldumist ühispakkumustele. Õiguskirjanduses on leitud, et ühispakkujatevaheline koostöö, mis integreerib ühispakkujate vahendid, peakski olema üks nendest juhtudest, mille puhul kohaldub ELTL art 101 lg 3 ning erandi tingimusi ei saa liialt rangelt rakendada ühispakkumuste kontekstis.²⁵¹

Kokkuvõttes on riigihangetes võimalik ühispakkumuste raames täita ELTL art 101 lg 3 esimene tingimus läbi kahe alternatiivse olukorra. Esmalt, kui tänu ühispakkumuse kaudu koostöö tegemisele suudavad ühispakkujad hankijale pakkuda midagi, mida individuaalset pakkumust esitades ei oleks võimalik pakkuda. Seejuures ei saa ühispakkumus ainuüksi liita ühispakkujate ressurssid, vaid ühispakkujate ressursside ühendamisel peab tekkima midagi uut. Teiseks, ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine võimaldab hankijal kulusid kokku hoida. Kuivõrd ühispakkujatel lasub tõendamiskoormis, siis tuleb juba ühispakkumuse koostamise faasis mõelda võimaliku ELTL art 101 lg 3 erandile tuginemise võimalusele ning vastavalt sellele ka dokumenteerida ning koguda tõendeid. Seejuures tuleks pooltel lasuva tõendamiskoormise puhul arvestada riigihangetest tulenevate eripäradega, nagu ajalised piirid, mille raames

²⁴⁹ Konkurransseklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 270, 271, 273.

²⁵⁰ Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019, lk 10; Konkurransseklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018, p 273; Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014, lk 137-138; The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017, p 52, 59.

²⁵¹ Thomas, C, lk 635.

pakkumus koostada tuleb. Kui ühispakkujatevaheline koostöö täidab ELTL art 101 lg 3 esimese tingimuse, tuleb tuvastada, kas täidetud on ka teised erandi kohaldumise tingimused, et koostöö oleks seaduslik. Kui ühispakkujatevaheline koostöö ei täida ELTL art 101 lg 3 esimest tingimust, on tegemist ebaseadusliku koostööga.

4.2. Kasumi õiglasel määral tarbijateni jõudmine riigihangete kontekstis

Hinnates teist ELTL art 101 lg 3 tingimust, s.o. tarbijad peavad saama tulenevast kasust õiglase osa, tuleb sisuliselt hinnata seda, kas kokkuleppest saadav kasum jõuab tarbijateni õiglasel määral.²⁵² Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt hõlmab tarbija mõiste kõiki kokkuleppesid hõlmatud toodete otseseid või kaudseid kasutajaid, sealhulgas tootjaid, kes kasutavad tooteid sisendina, hulgimüüjaid, jaemüüjaid ja lõpptarbijaid. Seega on tarbijad ELTL art 101 lg 3 tähenduses nii kokkuleppeosaliste kliendid kui ka hilisemad ostjad.²⁵³ Õiglane osa tähendab, et kasu saamine peab tarbijatele hüvitama vähemalt mis tahes tegeliku või tõenäolise negatiivse kahju, mida neile ELTL art 101 lg 1 rikkumine põhjustab ning arvesse peab võtma soodsat mõju kõikidele tarbijatele asjaomastel turgudel, mitte aga selle tarbijakategooria igale liikmele.²⁵⁴ Samuti ei pea tarbijad osa saama kõikidest positiivsetest tagajärgedest, vaid piisab, kui piirava kokkuleppe kahjulike mõjude korvamiseks saavad tarbijad piisavalt soodustusi.²⁵⁵ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt peab arvestama ka rikkumise raskust ning mida raskem rikkumine, seda suurem peab olema rikkumise tulemusena saadav kasu.²⁵⁶

Riigihangete raames tõusetub esmalt küsimus, keda lugeda tarbijaks. Kui konkurentsioiguses loetakse tarbijaks kõiki kokkuleppesid hõlmatud toodete otseseid või kaudseid kasutajaid, siis riigihangete puhul tõusetub küsimus, kas tarbijaks saab lugeda ainult hankija. Kuivõrd konkurentsioiguses on tarbija mõiste lai, saab riigihangete kontekstis lugeda tarbijaks ka ainult hankija. Hankija on keegi, kes otseselt kasutab ühispakkujate pakutavaid tooteid või teenuseid ning seetõttu on hankija tarbija. Kaudsed ühispakkujate toodete või teenuste kasutajad on teatud riigihangete puhul lõpptarbijad ehk maksumaksjad. Järelikult ei saa riigihangete kontekstis tarbijatena käsitleda vaid lõpptarbijaid, vaid hankija on samuti tarbija. Ka Riigikohus on leidnud, et riigihangete puhul tuleb tarbijana käsitleda hankijat.²⁵⁷

²⁵² Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 64; Schütze, R, lk 318; Thomas, C, lk 635.

²⁵³ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 84.

²⁵⁴ C-238/05, *Asnef-Equifax*, p 70.

²⁵⁵ Whish, R., Bailey, D, lk 163; Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 86.

²⁵⁶ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 90; Whish, R., Bailey, D, lk 163.

²⁵⁷ RKKKo 3-1-1-12-11, p 13.

Järgnevalt tuleb tuvastada, et hankija saab õiglase osa ühispakkujatevahelise koostöö tulemusel tekkivast kasust. Kui läbi ühispakkumuse suudavad ühispakkujad pakkuda hankijale midagi uut, saab hankija sellest õiglase osa, kuivõrd ühispakkumus tehakse hankijale ja hankija saab kasutada loodavat uut toodet või teenust. Seega saab hankija õiglase osa ühispakkujatevahelise koostöö tulemusel tekkivast kasust. Näiteks võib saadav kasu olla ehitustööde kiirem teostamine, millest hankija saab õiglase osa, kuivõrd hankija saab valminud ehitise või muu ehitustöö tulemusena valmiva kiiremini enda kasutusse. Kui läbi ühispakkumuse hoiavad ühispakkujad kokku aga kulusid, peab sellest tulenema ka kulude kokkuhoid hankijale. Seega koostöö tulemusena saadav kasu hankijale ehk tarbijale on kulude kokkuhoid: hankija saab tooteid või teenuseid soodsamalt. Kui hankija saab aga mõnda teenust või toodet soodsamalt, tähendab see igatahes, et maksumaksja raha ei kulu vastavale teenusele või tootele nii palju, kui eeldati. Seega saab sellisest kulude kokkuhoiust kasu ka lõpptarbija ehk maksumaksja. Kui riigihankeks on näiteks prügiveoteenuse hankimine, saab kasu otseselt lõpptarbija, kes prügiteenuse eest tasub,²⁵⁸ kuivõrd lõpptarbija hoiab kulusid kokku ja maksab ühispakkujatele vähem, kui individuaalsele pakkujale. Seega kaasneb kulude kokkuhoiuga ka kulude kokkuhoidmine lõpptarbijale, millest omakorda järeldub, et kui ühispakkujatevahelise koostöö tulemuseks on kulude kokkuhoid, saab sellest kasu ka lõpptarbija.

Kuivõrd Skandinaavia maade kohtulahendites ei ole analüüsitud teisi ELTL art 101 lg 3 tingimusi peale esimese, ei saa kohtulahenditest teha järeldusi, kuidas on kohtud ELTL art 101 lg 3 tingimusi kohaldanud riigihangetes. See ei tähenda aga, et tingimuste täitmine riigihangete raames oleks võimatu. Õiguskirjanduses on arutletud, kas tarbija nõusolek võiks olla piisav, et tingimus täita, kuivõrd tarbija on see, kes saadavast kasust õiglase osa peab saama. On jõutud järeldusele, et tarbija nõusolek ei ole ei vajalik ega piisav ELTL art 101 lg 3 teise tingimuse täitmiseks.²⁵⁹ Sellise seisukohaga tuleb nõustuda, kuivõrd puudub Euroopa Kohtu praktika või Euroopa Komisjoni suunised selle kohta, et tarbija nõusolek omaks tähtsust.

Kokkuvõttes on võimalik riigihangetes täita ELTL art 101 lg 3 teist tingimust. Kuivõrd tarbija mõiste konkurentsioiguses on lai, saab riigihangete raames lugeda tarbijaks hankija. Hankija saab ka ühispakkujatevahelise koostöö tulemusena tekkivast kasust õiglase osa, kuivõrd hankija on vastavate toodete või teenuste otsene tarbija. Kui saadavaks kasuks on ühispakkujate ressursside liitmise tulemusena millegi uue pakkumine hankijale, on ELTL art 101 lg 3 teine

²⁵⁸ Sellisel juhul on riigihanke menetluseks kontsessioonilepingu sõlmimise menetlus. Vt RHS § 4 p 12-14, RHS § 131 jj.

²⁵⁹ Thomas, C, lk 635.

tingimus täidetud, kuivõrd hankija saab vastavast ressursside liitmise tulemusena tekkivast kasust õiglase osa. Samuti saab hankija saadavast kasust õiglase osa, kui kasuks on kulude kokkuhoid. Seda juhul, kui kulude kokkuhoid viib ka hankija kulude kokkuhoiuni. Seega on ühispakkumuste puhul võimalik täita ka teine ELTL art 101 lg 3 tingimus. Kui ühispakkujatevaheline koostöö täidab ELTL art 101 lg 3 teise tingimuse, tuleb analüüsida, kas täidetud on ka teised erandi kohaldumise tingimused, et koostöö oleks seaduslik. Kui ELTL art 101 lg 3 teine tingimus ei ole täidetud, on tegemist ebaseadusliku koostööga.

4.3. Kehtestatud piirangute hädavajalikkus riigihangete kontekstis

Hinnates kolmandat ELTL art 101 lg 3 tingimust, s.o. ettevõtjatele kehtestatud piirangud peavad olema hädavajalikud, tuleb hinnata iga konkreetset piirangut saavutatava eesmärgi suhtes ning hinnata, kas piirang on eesmärgi suhtes hädavajalik ning proportsionaalne.²⁶⁰ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt tuleb analüüsida tingimust kahes etapis. Esimeses etapis tuleb hinnata, kas piirav kokkulepe kui selline on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Teises etapis tuleb hinnata, kas efektiivsuse saavutamiseks on kokkuleppest tulenevad individuaalsed konkurentsipiirangud mõistlikult vajalikud.²⁶¹ Tegemist ei ole seonduva piiranguga, kuivõrd seonduva piirangu puhul ei kaaluta positiivseid ja negatiivseid tagajärgi. ELTL art 101 lg 3 kolmanda tingimuse analüüsimisel on see aga vajalik.²⁶²

Esimese etapi analüüs eeldab, et tõhususe suurenemine peab olema konkreetse lepingu spetsiifiline, st tõhususe saavutamiseks pole muid majanduslikult teostatavaid ja vähem piiravaid vahendeid. Arvestada tuleb konkreetse turu tingimusi ja poolte majanduslikke võimalusi, mitte hüpoteetilisi olukordi. Samuti võib osutada vajalikuks uurida, kas pooled oleksid võinud tõhususe suurendamise saavutada ka üksinda tegutsedes. Teise etapi analüüsis tuleb hinnata, kas iga kokkuleppest tulenev individuaalne konkurentsipiirang on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Ettevõtjad, kes tuginevad erandile, peavad põhjendama nii piirangu olemust kui ka selle intensiivsust.²⁶³ Piirang on hädavajalik, kui selle puudumine kõrvaldaks või vähendaks märkimisväärselt lepingust tulenevat tõhusust või muudaks selle realiseerumise tõenäosuse oluliselt väiksemaks. Piiranguid, mida peetakse raskekujulisteks piiranguteks, ei peeta tõenäoliselt hädavajalikuks.²⁶⁴

²⁶⁰ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 64; Schütze, R, lk 318.

²⁶¹ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 73.

²⁶² Whish, R., Bailey, D, lk 162; Schütze, R, lk 318.

²⁶³ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 75, 76, 78.

²⁶⁴ Whish, R., Bailey, D, lk 529.

Ühispakkumuste puhul tuleb esimeses etapis hinnata, kas ühispakkujatevaheline koostöö kui selline on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Samuti võib olla vajalik hinnata, kas ühispakkujatevaheline infovahetus kui selline on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Seejuures tuleb hinnata, kas oleks majanduslikult muid teostatavaid ja vähem piiravaid meetmeid, et tõhusust saavutada. Selleks tuleb analüüsida konkreetseid asjaolusid ja arvestada konkreetse turuga. Info vahetamise korral tuleb analüüsida, kas tõhususe saavutamiseks oli vajalik konkreetset infot ühispakkujatel omavahel vahetada. Õiguskirjanduses on rõhutatud, et konfidentsiaalse info vahetamine või ärisaladuse jagamine, mis pole vastava tõhususe suurenemise jaoks hädavajalik, on keelatud info vahetamine.²⁶⁵

Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt võib osutada vajalikuks uurida, kas pooled oleksid võinud tõhususe suurendamise saavutada ka üksinda tegutsedes. Siinkohal ei tule analüüsida, kas ühispakkujad oleksid olnud võimelised riigihankes individuaalset pakkumust esitama, kuivõrd vastav analüüs puudutas ühispakkujate konkurentideks kvalifitseerimist. Kui leida, et ühispakkujad oleksid individuaalset pakkumust esitades suutnud saavutada sellise kulude kokkuhoiu, nagu saavutati ühispakkumust tehes või kas kumbki ühispakkuja oleks individuaalselt olnud võimeline vastavat innovaatilist toodet või teenust pakkuma, jõuaks järeldusele, et ühispakkujad oleksid olnud suutelised individuaalse pakkumuse esitama. Seega oleks tegemist konkurentidega. Sellise analüüsi läbiviimine tähendaks, et tuleks hinnata kahel korral, kas ühispakkujad oleksid suutnud individuaalse pakkumuse esitada. Kui nad seda aga oleks, on tegemist tõenäoliselt keelatud koostööga, mistõttu tulekski analüüsida tõhususe suurenemise erandi kohaldumist. Seega ei saa erandi kohaldumise juures järjekordselt analüüsida individuaalse pakkumuse esitamise võimekust. Seega ei ole vajalik uurida, kas ühispakkujad oleksid vastava tõhususe suurenemise saavutanud ka individuaalselt tegutsedes. Ka õiguskirjanduses on leitud, et selline hindamine oleks sisuliselt samasugune, mis oli hindamine ühispakkujate konkurentideks kvalifitseerimise osas, mida ei tohiks hiljem uuesti hinnata erandi valguses.²⁶⁶

Õiguskirjanduses on seoses tingimusega, et tõhususe saavutamiseks pole muid majanduslikult teostatavaid ja vähem piiravaid vahendeid tõstatatud küsimus, kas peaks arvestama asjaoluga, et ühispakkujad oleksid saanud teha koostööd mõne teise ettevõtjaga, mistõttu poleks nende omavaheline koostöö vajalik. On leitud, et kui ühispakkujad oleksid saanud mõne teise

²⁶⁵ Thomas, C, lk 636.

²⁶⁶ Anchustegui, I. H, lk 174-179; Sànces Graells, A. Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?, lk 163.

ettevõtjaga koostööd teha, mis oleks vähem piiravam, kui ühispakkujate omavaheline koostöö, tuleks seda arvestada ning järeldada, et järelikult oleks vähem piiravaid vahendeid tõhususe saavutamiseks.²⁶⁷ Samas on leitud, et kui ettevõtjad on otsustanud koostööd teha, ei saa neile ette heita, et nad oleksid pidanud mõne teise ettevõtjaga koostööd tegema. On leitud, et sellise asjaoluga ei tohiks arvestada nii konkurentsioiguse kui ka ärilisest seisukohast.²⁶⁸ Eeltoodu põhjendusena on leitud ka, et igasuguste kõrvaliste ettevõtjate kaasamise või mõjude analüüs peaks jääma ELTL art 101 lg 3 erandi viimase tingimuse analüüsi.²⁶⁹

Nõustuda tuleb seisukohaga, et koostöö võimalikkust teiste ettevõtjatega turul ei pea arvesse võtma. Hinnata tuleb ühispakkujatevahelist koostööd ning arvestada nende vahelise kokkuleppe või tegevusega ning hinnata konkreetset seda. Vastasel juhul hindaksid konkurentsiametid, kellega peaksid ettevõtjad turul koostööd tegema ja seeläbi dikteeriks neile ärilisi otsuseid ette. Selline lähenemine läheks liiga kaugale ja muudaks ühispakkumuste läbi tõhususe saavutamise eriliselt keeruliseks. Õiguskirjanduses on leitud, et ühispakkujatevahelise koostöö ELTL art 101 lg 3 tingimuste täitmine on niigi, arvestades erandi tingimuste spetsiifilisust, raske ülesanne.²⁷⁰ Järelikult ei pea arvestama asjaoluga, et ühispakkujad oleksid koostööd saanud teha mõne teise ettevõtjaga turul.

ELTL art 101 lg 3 kolmanda tingimuse teise etapi analüüsis tuleb hinnata, kas iga kokkuleppest tulenev individuaalne konkurentsipiirang on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Sellise piiranguna saab käsitleda ühist hindade kindlaksmääramist, kui leida, et tegemist on ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramisega. Ühine hinna kindlaksmääramine ühispakkujate poolt oleks mõistlikult vajalik, kuivõrd ilma ühist hinda kindlaks määramata ei saaks ühispakkujad ühispakkumust esitada. Ühine hindade kindlaksmääramine oleks seetõttu konkurentsioiguse mõttes hädavajalik piirang, kuivõrd ühist hinda kindlaks määramata ei saaks ühispakkujad ühispakkumust esitada ning seega ei saaks realiseeruda ka ühispakkumuse tulemusena saadav kasu. Seetõttu oleks tegemist erandiga, kus raskekujuline piirang oleks hädavajalik, kuigi Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt raskekujulised piirangud seda tõenäoliselt ei ole.

²⁶⁷ Ritter, C, lk 16.

²⁶⁸ Anchustegui, I. H, lk 174-179; Sàncles Graells, A. Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?, lk 163.

²⁶⁹ Sàncles Graells, A. Competition and Public Procurement, lk 551-555.

²⁷⁰ Anchustegui, I. H, lk 174-179.

Kokkuvõttes on riigihangete raames võimalik täita kolmas ELTL art 101 lg 3 tingimus. Tuleb hinnata, kas ühispakkujatevaheline koostöö on vastava tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Seejuures tuleb analüüsida konkreetseid asjaolusid ja arvestada konkreetse turuga, kuid arvestama ei pea asjaoluga, kas ühispakkujad oleksid võinud mõne teise ettevõtjaga koostööd teha omavahelise koostöö asemel. Hinnang tuleb anda ka iga ühispakkujatevahelisest kokkuleppest või tegevusest tuleneva individuaalse konkurentsipiirangu kohta ning hinnata, kas need on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalikud. Kui leida, et ühispakkumuste raames ühine hindade kindlaksmääramine on ELTL art 101 lg 1 p a mõttes hindade kindlaksmääramine, võiks konkurentsioiguse mõttes pidada hindade kindlaksmääramist ühispakkumuste raames hädavajalikuks piiranguks, kuivõrd ühist hinda kindlaks määramata ei saaks ühispakkujad ühispakkumust esitada ning seega ei saaks realiseeruda ka ühispakkumuse tulemusena saadav kasu. Kui ühispakkujad vahetasid omavahel liigset informatsiooni, tuleb analüüsida vastava informatsiooni vajalikkust tõhususe suurenemisele. Kui ühispakkujatevaheline koostöö vastab ELTL art 101 lg 3 kolmandale tingimusele, tuleb analüüsida, kas täidetud on ka neljas tingimus, et tegemist oleks seadusliku koostööga. Kui ELTL art 101 lg 3 kolmas tingimus ei ole täidetud, on tegemist ebaseadusliku koostööga.

4.4. Konkurentsi kõrvaldamise keeld toodete olulise osa suhtes riigihangete kontekstis

Hinnates neljandat ELTL art 101 lg 3 tingimust, s.o. ettevõtjatele ei tohi anda võimalust kõrvaldada konkurentsi kõnesolevate toodete olulise osa suhtes, tuleb hinnata, ega ettevõtjatevaheline koostöö ei elimineeri olulisel määral konkurentsi. Esmalt on vajalik määratleda, milline on konkreetset juhul asjaomane turg ning milline on konkurentsiolekord sellel turul.²⁷¹ Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suuniste kohaselt tuleb hinnata, kui palju konkurents turul väheneks kokkuleppe tõttu. Mida nõrgem on konkurents asjaomasel turul ja mida rohkem kokkulepe konkurentsi mõjutab, seda suurema tõenäosusega loetakse, et kokkulepe kõrvaldab konkurentsi oluliselt.²⁷² Nii tegelikke kui ka potentsiaalseid konkurente tuleb arvesse võtta konkurentsi hindamisel, samuti tuleb turusituatsiooni hinnata tegelikest asjaoludest lähtuvalt.²⁷³ Euroopa Kohus on selgitanud, et kuivõrd ELTL art 101 lg 3 raames uurib kohus keerulisi majanduslikke hinnanguid, piirdub kohtu kontroll üksnes kontrollimisega, kas faktilised asjaolud on täpselt kindlaks tehtud, kas nende faktiliste asjaolude osas ei ole

²⁷¹ Eichhorn, K. H., Ginter, C, lk 64; Ritter, C, lk 16; Gomez, L. jt, lk 430-435.

²⁷² Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised, p 107.

²⁷³ T-374/94, *European Night Services jt vs. komisjon*, p 137; T-472/13, *Lundbeck vs. komisjon*, p 100; T-519/09, *Toshiba vs. komisjon*, p 77; T-461/07, *Visa Europe ja Visa International Service vs. komisjon*, p 68, 125; T-328/03, *O2 (Germany) vs. komisjon*, p 71.

tehtud kaalutlusviga ja kas faktilistele asjaoludele antud õiguslik kvalifikatsioon on õige.²⁷⁴ Kohtud peavad ka kontrollima, kas esitatud tõendid vastavad tegelikkusele, on usaldatavad ja üksteisega kooskõlas. Samuti peavad kohtud kontrollima, kas need tõendid moodustavad terviku, mida olukorra hindamisel arvesse võtta, ja kas need toetavad järeldusi, mis on tehtud.²⁷⁵ Euroopa Kohus on selgitanud, et kui kohtul on palutud kontrollida mingi otsuse seaduslikkust, ei kuulu tema pädevusse sellise otsuse autori majandushinnangu asendamine iseenda omaga.²⁷⁶

Riigihangete kontekstis on esmalt vajalik määratleda, milline on konkreetset juhul asjaomane turg ning milline on konkurentsiolukord sellel turul. Turu määratlemist riigihangetes käsitles autor töö teises peatükis. Turgu tuleb määratleda riigihangetes nii, nagu määratletakse turgu konkurentsioiguses. Seega tuleb ELTL art 101 lg 3 neljandat tingimust hinnates arvestada, kui palju väheneks ühispakkumuse tõttu konkurents asjaomasel turul. Siinkohal tuleb jällegi arvestada, et kui ettevõtjad teevad koostööd ja esitavad ühispakkumuse riigihankes, ei tähenda see, et ettevõtjad teeksid ka tavapäraselt, väljaspool vastavat riigihanget koostööd.

Kuivõrd turusituatsiooni hinnata riigihangetes ei saa ühe riigihanke kontekstis, tuleb ELTL art 101 lg 3 neljanda tingimuse juures hinnata tegelikku situatsiooni turul ning mitte arvestada riigihankega kui omaette turuga. Ka õiguskirjanduses on leitud, et mõjusid konkurentsile tuleb hinnata asjaomase turu kontekstis, mitte lähtudes konkreetsest riigihankest.²⁷⁷ Seega tuleb arvestada, kui palju mõjutab ühispakkumus konkurents turul. Kui ühispakkujad pakuvad hankijale midagi uut, võivad nad koostööd jätkata ka väljaspool vastavat riigihanget, mis võib turule mõju omada. Kui tegemist on ühekordse koostööga, kuid ettevõtjad teevad koostööd iga järgneva riigihanke raames, võib ühispakkujatevaheline koostöö mõjutada konkurents turul. Võimalik, et konkreetset turul mõjutab ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine turgu niivõrd, et teised pakkujad ei saaks enam riigihangetes pakkumusi esitada edulootusega. Kui tänu ühispakkumuse esitamisele suudavad ühispakkujad hankijale niivõrd soodsat hinda pakkuda, millega teised turuosalised võistelda ei suuda, mõjutab ühispakkumuse esitamine konkurents. Sellisel juhul võib olla mõjutatud ka teiste pakkujate osalemine järgnevates riigihangetes. Kulude kokkuvõtteid ei tohiks olla nii suur, et teised pakkujad enam riigihangetes pakkumusi esitada ei saa edulootusega.

²⁷⁴ EÜKo T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2006:265, p 241; EKo C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2004:6, p 279.

²⁷⁵ T-168/01, *GlaxoSmithKline Services vs. komisjon*, p 242; EKo C-12/03 P, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Tetra Laval BV*, ECLI:EU:C:2005:87, p 39.

²⁷⁶ T-168/01, *GlaxoSmithKline Services vs. komisjon*, p 243.

²⁷⁷ Thomas, C, lk 634.

ELTL art 101 lg 3 neljanda tingimuse analüüs eeldab põhjalikku olukorra hindamist konkreetsetel turul. Ühispakkujate tegevus ei tohi olulisel määral mõjutada konkurentsi. Ilmselt omab ühispakkujate tegevus mõju turule, kuid tuvastada tuleb selle mõju olulisus. Kuivõrd kohtud ei saa asjaomase ameti hinnangut majandusliku olukorra kohta ümber hinnata, on tegemist keeruka tingimusega, mida riigihangete raames täita. Ka konkurentsioiguses on leitud, et tegemist on keeruka erandiga, mille tingimusi täita.²⁷⁸ Riigihangete raames on võimalik ELTL art 101 lg 3 neljandat tingimust täita, kuid ühispakkujatel on raske ette ennustada, mida arvavad näiteks Konkurentsiamet ja kohtud turusituatsioonist ning sellest, kuidas mõjutab koostöö konkurentsi, eriti arvestades lühikest ajaperioodi, mille raames peavad ühispakkujad pakkumuse koostama ja vajalikke aspekte analüüsima. Ka õiguskirjanduses on leitud, et ühispakkujatel on keerukas tugineda ELTL art 101 lg 3 erandile ning erandile tuginemiseks peaksid ühispakkujad enne koostööd sellele mõtlema ning vajalikke dokumente koguma.²⁷⁹ Seega, riigihangete raames on võimalik täita ELTL art 101 lg 3 neljas tingimus, kuid olukorda asjaomasel turul ei saa hinnata konkreetse riigihange perspektiivist, vaid arvestada tuleb asjaomase turuga konkurentsioiguse mõttes. Ühispakkujatevaheline koostöö ei tohi eemaldada konkurentsi sellel asjaomasel turul olulisel määral. Arvestada tuleb ka, et kohtute kontrollikohustus on piiratud, hinnates turusituatsiooni ning andes sellele majandushinnanguid. Kohtud ei saa otsuse tegija majandushinnanguid asendada enda omaga.

Kokkuvõttes on ühispakkumuste puhul võimalik toetuda tõhususe suurenemise erandile, kuid erandi tingimuste täitmine on keeruline tulenevalt tingimuste spetsiifilisusest ning ajaraamistikust, milles ühispakkujad tegutsevad. Ühispakkujad peavad juba ühispakkumust koostades arvestama, et vaidluse korral on neil endil kohustus tõendada, et kõik neli kumulatiivset erandi kohaldumise tingimust on täidetud. Kui kõik neli kumulatiivset tingimust on täidetud, on ühispakkujatevaheline koostöö seaduslik. Kui tingimused ei ole täidetud, on tegemist ebaseadusliku koostööga.

²⁷⁸ Lane, R. Competition law. – International and Comparative Law Quarterly 2012, Volume 61, Issue 4, lk 992; Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. London: Sweet & Maxwell 2005, lk 68.

²⁷⁹ Gomez, L. jt, lk 430-435; Sàncles Graells, A. Competition and Public Procurement, lk 555; Sàncles Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules, lk 339.

KOKKUVÕTE

Magistritöö peamine eesmärk oli välja selgitada, millistel tingimustel on riigihangetes ühispakkumuse või ühistaotluse kaudu koostöö tegemine tulenevalt konkurentsioiguse piirangutest seaduslik ning kuidas neid tingimusi sisustada. Magistritöö kõrvaleesmärk oli anda juhised ühispakkumuste ja ühistaotluste kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse tuvastamisele. Kuivõrd konkurentsioigust ja riigihankeoigust on nähtud eraldiseisvatena, ei ole tähelepanu pööratud õigusharude puutepunktidele ning seetõttu puudus selgus, millistel juhtudel on riigihangetes ühispakkumuse või ühistaotluse kaudu koostöö tegemine seaduslik ning millistel mitte. Seetõttu analüüsiti ühispakkumuste ja ühistaotluste kaudu koostöö tegemise seaduslikkust, lähtudes ühispakkumuse või ühistaotluse kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse tingimuste tuvastamise ning nende sisustamise loogikast. Lähtuti ELTL art 101 lg-st 1 ja KonkS § 4 lg-st 1, mis sätestavad konkurentsikahjustava kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse ja ettevõtjate ühenduse otsuse keelu. Tehtud analüüsi põhjal toodi välja erisused konkurentsioiguse rakendamisel ühispakkumuste ja ühistaotluste raames.

Hinnates ühispakkumuste seaduslikkust, tuleb lähtuda ELTL art 101 lg-s 1 ja KonkS § 4 lg-s 1 sätestatud keelatud kokkulepete regulatsiooni kohaldumise tingimustest. Kui kõik tingimused on täidetud, on tegemist ebaseadusliku koostööga, millisel juhul on koostöö lubatud vaid siis, kui kohaldub tõhususe suurenemise erand. ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 kohaldumise tingimused, mida analüüsiti, on järgnevad: 1) ühispakkujad peavad olema ettevõtjad konkurentsioiguse mõttes; 2) ühispakkujatevaheline koostöö peab kvalifitseeruma ettevõtjatevahelise kokkuleppe, kooskõlastatud tegevuse või ettevõtjate ühenduse otsusena; 3) ühispakkujatevahelisel koostööl peab olema konkurentsikahjustav eesmärk või tagajärg. Samuti analüüsiti, millal on ühispakkujad konkurendid ning millal kohaldub tõhususe suurenemise erand.

Magistritöö esimese peatüki analüüsi põhjal selgus, et kuivõrd ettevõtja mõiste konkurentsioiguses on küllaltki lai, hõlmates sisuliselt iga majandustegevusega tegelevat üksust, on tõenäoliselt iga pakkuja riigihankemenetluses ka ettevõtja. Lisaks, kui ühispakkujad kuuluvad samasse kontserni loetakse nad konkurentsioiguses üheks ettevõtjaks. Esimese peatüki analüüsi põhjal selgus ka, et kuivõrd konkurentsioiguslikus mõttes ei ole vahet, millises vormis koostööd ettevõtjad teevad, st kas sõlmitakse konsortsiumikokkuleppe või tehakse koostööd läbi alltöövõtjate kasutamise, kvalifitseerub igasugune kokkuleppe kokkuleppena ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 mõttes. Kui ühispakkujatevaheline koostöö ei

kvalifitseeruks kokkuleppena, oleks ühispakkujatevaheline koostöö vähemalt kooskõlastatud tegevus, kuivõrd ühispakkujad peavad ühispakkumuse tegemiseks tegema koostööd ja omavahel mingisuguses vormis suhtlema. Ei ole välistatud, et tegemist võib olla ka ettevõtjate ühenduse otsusega. Esimese peatüki analüüsist ilmes kokkuvõttes, et tõenäoliselt on ühispakkujad ettevõtjad ning nende koostöö kvalifitseerub ühe koostöövormina ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 mõttes, mistõttu on vajalik tuvastada, kas esinevad ELTL art 101 lg 1 või KonkS § 4 lg 1 teised kohaldumise tingimused, et tuvastada, kas koostöö on seaduslik.

Magistritöö teises peatükis analüüsiti, millistel juhtudel käsitatakse ühispakkujaid tegelike või potentsiaalsete konkurentidena konkurentsioiguse tähenduses. Tuvastamine, kas ühispakkujad on konkurendid, on oluline, kuivõrd konkurentsioiguses on keelatud need kokkulepped, mis on sõlmitud konkurentide vahel. Magistritöö teise peatüki analüüsi põhjal selgus, et tuvastamaks, kas ühispakkujad on konkurendid, on esmalt vajalik tuvastada asjaomane turg. Asjaomane turg tuleb tuvastada nii, nagu tuvastatakse asjaomane turg konkurentsioiguses, kuid lisaks tuleb tuvastada, kas kõik ühispakkujad oleksid suutnud teha individuaalse pakkumuse riigihankes.

Ühispakkujad on konkurendid, kui nad tegutsevad samal asjaomasel turul ja nad oleksid suutnud esitada individuaalse pakkumuse riigihankel. Ainult juhul, kui ühispakkujatevaheline koostöö seisneb liigse teabe vahetamises, ei ole oluline tuvastada, kas nad oleksid suutnud iseseisva pakkumuse riigihankes esitada. Ühistaotlejad on konkurendid, kui saavad mõlemad iseseisvalt taotluse esitada ning saaksid iseseisvalt taotlust esitades ka iseseisvalt ettepaneku esitada pakkumus.

Täiendavalt selgus teise peatüki analüüsi põhjal, et koostööd ei peaks tegema rohkem ettevõtjaid, kui on vajalik ühispakkumuse esitamiseks. Mitme ühispakkuja puhul on seaduslik selline koostöö, kus mitmest ühispakkujast vaid üks oleks võimeline individuaalse pakkumuse esitama, kuid teised mitte. Iga lisanduv ühispakkuja, kes suudaks individuaalse pakkumuse esitada, oleks konkurent. Samuti ilmnes teise peatüki analüüsi põhjal, et ühispakkujad on konkurendid ka juhul, kui nad suudaksid iseseisva pakkumuse esitada ka vaid ühele riigihanke osale osadeks jaotatud riigihanke puhul, isegi kui tegemist on erinevate riigihanke osadega, millele ühispakkujad individuaalse pakkumuse suudaksid esitada. Seda seetõttu, et ettevõtjad vastaksid miinimumnõuetele. Selgus ka, et ühispakkujate konkurentidena käsitsemine ei sõltu sellest, kui atraktiivse ja suure edulootusega pakkumuse nad esitada suudaksid. Oluline on, et ühispakkumuse tõttu ei väheneks individuaalsete pakkumuste arv riigihankes.

Ühispakkujad on tegelikud konkurendid, kui on ilmne, et kumbki ühispakkuja suudaks individuaalse pakkumuse esitada. Ühispakkujad on potentsiaalsed konkurendid, kui ühispakkujad suudaksid teatavaid muudatusi tehes oma võimekust suurendada ja iseseisvat pakkumust esitada riigihankes. Analüüsi põhjal selgus, et loetakse, et ühispakkuja suudaks iseseisva pakkumuse esitada isegi siis, kui peaks selleks lisapingutusi tegema, mis võib tähendada nii lisatööjõu juurdepalkamist, oskusteabe omandamist, tehnoloogia uuendamist kui ka uute masinate soetamist. Seejuures peab võimekuse suurenemine olema reaalne mitte hüpoteetiline, mistõttu tuleb arvestada ka ajalisi piire, mille raames ühispakkujad pakkumuse esitama peavad. Ühispakkujate võimekuse hindamisel tuleb arvestada ka asjaoluga, et teatav osa ettevõtja võimekusest võib olla kaetud teiste lepingutega, mistõttu võib olla vajalik koostöö tegemine.

Magistritöö kolmandas peatükis analüüsiti, millistel juhtudel loetakse, et ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk või tagajärg. Kolmanda peatüki raames analüüsi teostamisel ilmnis, et ühispakkujatevahelist koostööd ei saa liigitada konkurentsi kahjustava eesmärgiga koostööks ühise hindade kindlaksmääramise tõttu. Seda seetõttu, et ühispakkujatevaheline ühise hinna kindlaksmääramine hankijale on paratamatu osa ühispakkujatevahelisest koostööst, mille tegelik eesmärk on ühispakkujatevahelise ressursi ühendamise, et oleks võimalik teise ettevõtja vahenditele toetudes osaleda riigihankes. Sellist ühispakkujatevahelist hinna kindlaksmääramist ei saa samastada hindade kindlaksmääramisega konkurentsioiguses. Ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustava eesmärgi hindamisel tuleb arvestada ka ühispakkumuse majanduslikku ja õiguslikku konteksti, ühispakkumuse eesmärki ning ühispakkujate subjektiivset tahet. Asjaolu, et ühispakkujatevaheline koostöö on avalik, ei oma tähtsust konkurentsi kahjustava eesmärgi tuvastamisel. Hinnates, kas ühispakkujatevahelisel koostööl on konkurentsi kahjustav eesmärk, tuleb sisuliselt hinnata, kas ühispakkujatevaheline koostöö kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses.

Kui ühispakkujatevahelisel koostööl puudub konkurentsi kahjustav eesmärk, tuleb hinnata koostöö konkurentsi kahjustavat tagajärge. Ühispakkujatevahelise koostöö konkurentsi kahjustava tagajärje analüüsimisel tuleb arvestada kriteeriume, mida Euroopa Kohus on konkurentsioiguse raames välja toonud. Ilmes, et arvestada tuleb ka riigihangetele omaste kriteeriumitega, näiteks asjaoluga, et ühispakkujad on ühispakkumuse esitanud läbi ühise ettevõtja või asjaoluga, et ühispakkujatevaheline koostöö võib olla laiahaardelisem kui konkreetses riigihankes pakkumuse esitamiseks vajalik.

Kolmandas peatükis analüüsiti ka, kas ühispakkujatevaheline hinna kindlaksmääramine võib kvalifitseeruda seonduva piiranguna. Kuivõrd Euroopa Liidu konkurentsioiguses hõlmab seonduva piirangu mõiste igat piirangut, mis on põhitehinguga otseselt seotud ja selle teostamiseks vajalik, võiks ühispakkujatevaheline hinna kindlaksmääramine olla kvalifitseeritav seonduva piiranguna. Ilmnes siiski, et ühispakkujatevahelist hinna kindlaksmääramist ei saa pidada seonduvaks piiranguks. Seda seetõttu, et seonduva piirangu analüüsini jõutakse juhul, kui leida, et ühispakkujatevahelisel koostööl puudub konkurentsikahjustav eesmärk. Kui aga leida, et ühispakkujatevaheline koostöö ei ole hindade kindlaksmääramine, ei saa ka järeldada, et tegemist on seonduva piiranguga, kuivõrd sellisel juhul peaks nentima, et hinna kindlaksmääramine on piirang, mis muudaks selle aga ELTL art 101 lg 1 p a mõttes eesmärgipäraseks piiranguks.

Magistritöö viimases peatükis analüüsiti, millistel juhtudel on ühispakkujatevaheline koostöö seaduslik tulenevalt tõhususe suurenemise erandi kohaldumisest. Kui vastav ELTL art 101 lg 3 ja KonkS § 6 lg 1 erand kohaldub, on ühispakkujatevaheline koostöö lubatav, isegi kui ühispakkujate- või ühistootlejatevaheline koostöö on ELTL art 101 lg 1 ja KonkS § 4 lg 1 mõttes konkurentsikahjustav koostöö. Selgus, et riigihangetes ühispakkumuste raames on võimalik täita tõhususe suurenemise erand. Erandi kohaldamiseks peavad aga olema täidetud neli kumulatiivset tingimust, mille tõendamiskoormis lasub ühispakkujatel. Seetõttu tuleb juba ühispakkumuse koostamise faasis mõelda võimalikule erandile tuginemise võimalusele ning vastavalt sellele ka dokumenteerida koostööd ning koguda tõendeid.

Erandi täitmiseks peavad esmalt ühispakkujad tänu ühispakkumuse kaudu koostöö tegemisele suutma hankijale pakkuda midagi, mida individuaalset pakkumust esitades ei oleks võimalik pakkuda. Seejuures ei saa ühispakkumus ainuüksi liita ühispakkujate ressursid, vaid ühispakkujate ressursside ühendamisel peab tekkima midagi, mida kumbki ühispakkuja individuaalselt pakkuda ei suudaks, st midagi uut. Alternatiivselt, kui hankijale ei suudeta pakkuda midagi uut, peab ühispakkumuse kaudu koostöö tegemine võimaldama hankijal kulusid kokku hoida. Kui üks kahest alternatiivist on täidetud, on täidetud ka esimene erandi kohaldamise tingimus. Teiseks peab hankija saama ühispakkujatevahelise koostöö tulemusena tekkivast kasust õiglase osa, kuivõrd hankija on vastavate toodete või teenuste otsene tarbija. Saadavaks kasuks võib olla millegi uue pakkumine hankijale või kulude kokkuhoid hankijale. Ei piisa vaid kulude kokkuhoiust ühispakkujatele endale, vaid ka hankijale peab tekkima oluline kulude kokkuhoid.

Kolmanda kumulatiivse tingimusena tuleb hinnata, kas ühispakkujatevaheline koostöö on vastava tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalik. Ilmnes, et tuleb analüüsida konkreetseid asjaolusid ja arvestada konkreetse turuga, kuid arvestama ei pea asjaoluga, et ühispakkujad oleksid võinud mõne teise ettevõtjaga koostööd teha omavahelise koostöö asemel. Hinnang tuleb anda ka iga ühispakkujatevahelisest kokkuleppest või tegevusest tuleneva individuaalse konkurentsipiirangu kohta ning hinnata, kas need on tõhususe saavutamiseks mõistlikult vajalikud. Viimase tingimusena erandi kohaldumiseks ei tohi ühispakkujatevaheline koostöö eemaldada konkurentsi vastaval asjaomasel turul olulisel määral. Turusituatsiooni ei saa riigihangetes hinnata ühe riigihanke kontekstis, mistõttu tuleb hinnata tegelikku situatsiooni turul ning mitte arvestada riigihankega kui omaette turuga.

Magistritöö raames tehtud analüüsi põhjal saab kokkuvõtlikult järeldada, et konkurentsioiguse range rakendamine ei ole sobilik riigihangetes ühispakkujate- ja ühistaotlejatevahelise koostöö hindamisel ning arvestada tuleb riigihangetest tulenevate erisustega. Ühispakkujatevaheline koostöö saab seaduslik olla sisuliselt kahel juhul: kui ühispakkujad ei suudaks iseseisvalt riigihankes pakkumust esitada, st tegemist ei ole konkurentidega, või kui ühispakkujatevahelise koostööga suudetakse hankijale pakkuda midagi uut või luua oluline kulude kokkuhoid ning tegemist on tõhususe suurenemise erandiga. Riigihankeõiguse raames peaks esinema ka eraldi regulatsioon või juhised hindamaks ühispakkumuste ja ühistaotluste kaudu koostöö tegemise seaduslikkust, kuivõrd tõenäosus, et tegemist on keelatud koostööga konkurentsioiguse mõttes, on suur. Praeguse regulatsiooni puhul on ettevõtjatel iseseisvalt äärmiselt keeruline hinnata koostöö vastavust konkurentsireeglitega, eriti arvestades ajaraamistikku, mis riigihangetes on ette nähtud pakkumuste esitamiseks. Kuivõrd konkurentsireeglite rikkumise tagajärjel võib kaasneda kriminaalvastutus, peaks esinema konkreetne juhend vähemalt Eesti Vabariigi tasandil, et ettevõtjad teaksid ja oskaksid hinnata riske, mis kaasnevad ühispakkumuste ja ühistaotluste kaudu koostöö tegemisega ning samuti oskaksid hinnata sellise koostöö seaduslikkust.

Lähtuvalt magistritöö kõrvaleesmärgist anda juhised ühispakkumuste ja ühistaotluste kaudu koostöö tegemise seaduslikkuse tuvastamisele, on magistritöö Lisas 3 toodud välja skemaatiline juhised, tuvastamaks ühispakkujate- ja ühistaotlejatevahelise koostöö seaduslikkust, mis on inspiratsiooni saanud Norra ja Taani konkurentsiametite vastavatest skemaatilistest lahendustest, mis sisalduvad magistritöö Lisas 1 ja Lisas 2.

RESTRICTIONS ARISING FROM COMPETITION LAW ON THE LEGALITY OF JOINT BIDDING IN PUBLIC PROCUREMENTS

Summary

Competition law and public procurement law are both at the heart of European Union law. Both areas of law are important for the establishment and functioning of the European Single Market. Both areas of law are also important for guaranteeing the fundamental freedoms of the European Union. Nevertheless, competition law and public procurement law have developed independently and separately. The traditional approach in European Union law sees those two areas of law as independent in terms of the establishment and functioning of the European Single Market. However, those two areas of law collide within joint biddings.

It follows from § 7 (4) of the Public Procurement Act that, as a rule, undertakings have the right to submit a joint tender or a joint application. Public Procurement Act does not regulate when is the submission of a joint tender or a joint application prohibited. Even though Public Procurement Act does not regulate in which cases the submission of a joint tender or a joint application is prohibited, the contracting authority may exclude a tenderer or applicant from a procurement procedure pursuant to § 95 (4) 5) of the Public Procurement Act due to an agreement distorting competition, a decision of an association of undertakings or concerted practice. Public Procurement Act does not regulate the prohibition of anti-competitive agreements, concerted practices and decisions of associations of undertakings. The second chapter of Competition Act provides for the prohibition of agreements between undertakings, concerted practices, and decisions by associations of undertakings which have as their object or effect the restriction of competition. Therefore, the restrictions on the lawfulness of cooperation through a joint tender and a joint application arise from competition law and not from public procurement law.

Due to the above, the main purpose of this master's thesis was to find out under which conditions cooperation in public procurements through a joint tender or a joint application is legal due to the restrictions from competition law and how to furnish these conditions. The secondary purpose of the master's thesis was to provide guidelines for establishing the legality of cooperation through joint bidding.

Author chose the topic of this master's thesis because two important areas of European Union law collide within joint biddings. On one hand, public procurement law encourages joint bidding for effective use of competition and on the other hand, competition law restricts cooperation between competitors to avoid damaging consumer welfare and competition as such. As the two areas of law are seen as separate, it is not clear in which cases it is legal to cooperate in public procurements through joint tenders or joint applications and in which cases it is not. The topicality of the issue stems from the fact that awareness of those two areas of law integrating has increased and competition authorities have started to identify prohibited agreements in public procurements through joint bidding.

In order to achieve the set goals, author used a combined research method. Depending on the intended use, author used data collection and processing methods, as well as the method of interpreting the results. Relevant legal literature and the case law of the European Court of Justice were collected, researched and systematized in order to determine the preconditions and furnishings of the conditions to cooperate legally through joint tenders and joint applications. The source data was systematized, interpreted and generalized. In essence, author used analytical, qualitative and synthetic research methods. In order to achieve the set goals, author used as the main sources Competition Act, the Treaty on the Functioning of the European Union, Public Procurement Act, case law of the European Court of Justice and case law of the Scandinavian courts. As secondary sources, author used the annotated edition of Public Procurement Act and relevant literature on competition law.

Due to the set purposes, the master's thesis is divided into four chapters, based on the logic of identifying the conditions for the legality of cooperation through joint offers or joint applications and furnishing them. The author proceeds from Article 101 (1) of the TFEU and § 4 (1) of the Competition Act, insofar as these regulate the prohibition of anti-competitive agreements, concerted practices and decisions of associations of undertakings. The first chapter deals with the general preconditions for the application of Article 101 (1) of the TFEU and § 4 (1) of the Competition Act. The second chapter deals with the qualification of joint bidders as competitors. Chapter three deals with the cases in which cooperation between joint bidders can be considered as having an anti-competitive object or effect. Chapter four deals with the efficiency gain exemption. If the efficiency gain occurs, no liability under competition law arises.

The analysis in the first chapter of the master's thesis revealed that since the definition of an undertaking in competition law is quite broad, covering essentially every entity engaged in economic activity, it is likely that each tenderer is also an undertaking in a public procurement procedure. The analysis in the first chapter also revealed that since there is no difference in competition law in what form the undertakings cooperate, ie whether a consortium agreement is concluded or subcontractors used, any agreement qualifies as an agreement within the meaning of Article 101 (1) of the TFEU and Article 4 (1) of the Competition Act. If the cooperation between joint bidders does not qualify as an agreement, the cooperation between joint bidders would at least be a concerted practice.

The second chapter of the master's thesis analyzed in which cases joint bidders are considered as actual or potential competitors. Determining whether joint bidders are competitors is important as competition law prohibits agreements between competitors. The analysis in the second chapter revealed that in order to determine whether joint bidders are competitors, it is first necessary to identify the relevant market. It appeared that the relevant market has to be identified as defined in competition law, but it is also important to establish, whether all joint bidders would have been able to bid individually in the specific public procurement.

In addition, the analysis in chapter two showed that there should be only as many undertakings cooperating as necessary to submit a joint bid. The analysis in chapter two also showed that joint bidders are competitors even if they could bid independently for a single lot, even if those lots, for which the joint bidders could bid individually, are different. It also appeared that the treatment of joint bidders as competitors does not depend on how attractive and successful the bid could be. It is important that the number of individual tenders in public procurement does not decrease due to the joint tender.

Joint bidders are actual competitors if it is clear that each joint bidder would be able to submit an individual bid. Joint bidders are potential competitors if they could increase their capacity and make an independent tender in a public procurement by making certain changes. The analysis showed that a joint bidder was considered to be able to submit an independent bid even if it has to make additional efforts, which could mean hiring additional staff, acquiring know-how, upgrading technology and acquiring new machinery. The increase in capacity must be real and not hypothetical, therefore also taking into account the limited time in which the tenderers have to make a tender. The assessment of the capacity of joint bidders must also take into

account the fact that some of the capacity of the undertaking may be covered by other agreements, which may necessitate cooperation.

The third chapter of the master's thesis analyzed in which cases cooperation between joint bidders is considered to have an anti-competitive object or effect. The analysis of the third chapter showed that the cooperation between joint bidders could not be classified as anti-competitive cooperation due to price fixing. This is because the fixing of a common price between joint bidders for contracting authority is an inevitable part of the cooperation between joint bidders. Real purpose of the cooperation is mostly to pool resources between joint bidders in order to participate in the public procurement. Such price fixing between joint bidders cannot be equated with price cooperation in competition law. In assessing whether the cooperation between joint bidders has an anti-competitive object, it is essentially necessary to assess whether the cooperation between joint bidders sufficiently harms competition. It also appeared that the fact that the cooperation between joint bidders is public is irrelevant.

The analysis of the anti-competitive effects of cooperation between joint bidders must take into account the criteria set out by the European Court of Justice in the context of competition law. It appeared that criteria specific to public procurement has to be taken into account as well, such as the fact that joint tenderers had submitted a joint tender through a joint venture or that cooperation between joint tenderers might be more extensive than necessary to participate in a particular public procurement. The third chapter also examined whether price fixing between joint bidders could qualify as an ancillary restriction. However, it appeared that price fixing between joint bidders could not be considered as an ancillary restriction.

The last chapter of the master's thesis analyzed in which cases the cooperation between joint bidders is legal due to efficiency gains. If the respective exemption of Article 101 (3) of the TFEU and § 6 (1) of the Competition Act applies, the cooperation between joint tenderers is lawful, even if it is a prohibited cooperation according to Article 101 (1) of the TFEU and § 4 (1) of the Competition Act. In order to comply with the exemption, the joint tenderers must first be able to offer the contracting authority something that would not be possible by submitting an individual tender. At the same time, a joint bid cannot merely combine the resources of joint bidders, but the pooling of the resources of the joint bidders must result in something new. Alternatively, if something new cannot be offered to the contracting authority, cooperation through a joint tender must enable the contracting authority to save costs. Second, the contracting authority must receive a fair share of the benefits resulting from the cooperation

between joint tenderers as the contracting authority is a direct consumer of the products or services in question.

As a third cumulative condition, it must be assessed whether the cooperation between joint bidders is reasonably necessary in order to achieve the efficiency in question. It appeared that specific circumstances should be analyzed and a specific market taken into account, but it is not necessary to take into account the fact that the joint bidders could have cooperated with another undertaking instead of cooperating with each other. An assessment should also be made of any individual restriction of competition resulting from the agreement or practice between joint bidders and to assess whether they are reasonably necessary to achieve efficiencies. As a final condition for the exemption to apply, cooperation between joint bidders must not significantly eliminate competition in the relevant market. The market situation cannot be assessed in the context of a single public procurement, therefore the actual situation in the market must be assessed and public procurement as a separate market cannot be taken into account.

On the basis of the analysis carried out in the master's thesis, it can be concluded that strict application of competition law in public procurements is not appropriate and specifications arising from public procurements must be taken into account. Cooperation between joint bidders can be lawful in essentially two cases: if the joint bidders are unable to bid independently, ie are not competitors, or if there is an efficiency gain. Within the framework of public procurement law, there should also be separate regulation or guidelines for assessing the legality of joint bidding, as there is a high probability that this type of cooperation is prohibited. Under the current regulation, it is extremely difficult for undertakings to assess the compliance of their cooperation with competition rules on their own, especially given the timeframe for submitting tenders in public procurements. To the extent that criminal liability may result from a breach of competition rules, there should be specific guidance, at least at the level of the Republic of Estonia, so that undertakings know and could assess the risks of cooperating through joint bidding and assess the legality of such cooperation.

Pursuant to the secondary purpose of the master's thesis to provide guidance on establishing the legality of cooperation through joint tenders and joint applications, Appendix 3 provides schematic guidance on determining the legality of joint tenders and joint applications, which is inspired by the respective schematic solutions of the Norwegian and Danish competition authorities contained in Appendix 1 and Appendix 2 of the master's thesis.

KASUTATUD LÜHENDID

Direktiiv 2014/24/EL	Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/24 riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta
Direktiiv 2014/25/EL	Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/25 milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ
EFTA	European Free Trade Association
EKo	Euroopa Kohtu otsus
ELTL	Euroopa Liidu toimimise leping
ELTL art 101 suunised	Komisjoni teatis – Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes
EMP	Euroopa Majanduspiirkond
Euroopa Komisjoni art 81 lg 3 suunised	Euroopa Komisjoni teatis nimega „Suunised asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamiseks“ (Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty)
EÜA	Euroopa Ühenduse asutamisleping
EÜKo	Üldkohtu otsus
KarS	Karistusseadustik
KonkS	Konkurentsiseadus
Määrus nr 1/2003	Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development

OECD juhend	OECD „Juhend pakkumismahhinatsioonidega võitlemiseks riigihangete läbiviimisel“
RHAD	Riigihanke alusdokumendid
RHS	Riigihangete seadus
RKo	Riigikohtu otsus
TlnHKO	Tallinna Halduskohtu otsus
Ühispakkumus	Ettevõtjate esitatav ühine pakkumus riigihankes
Ühistootlus	Ettevõtjate esitatav ühine taotlus riigihankes

KASUTATUD MATERJALID

Kasutatud kirjandus

1. Albano, G. L., Spagnolo, G., Zanza, M. Regulating joint bidding in public procurement. – Journal of Competition Law & Economics 2009, 5(2), lk 335-360.
2. Anchustegui, I. H. Joint Bidding and Object Restrictions of Competition: The EFTA Court's Take in the 'Taxi Case'. – European Competition and Regulatory Law Review 2017, 1(2), lk 174-179.
3. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. London: Sweet & Maxwell 2005.
4. Chalmers, D., Davies, G., Monti, G. European Union Law: Text and Materials 4th edition. Cambridge: Cambridge University Press 2019.
5. Chiriță, A. D. A Legal-Historical Review of the EU Competition Rules. – International & Comparative Law Quarterly 2014, Volume 63, Issue 2, lk 281-316.
6. Daskalova, V. Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law? – German Law Journal 2018, Volume 19, Issue 3, lk 461-508.
7. Dean, M. jt. EU competition law: joint ventures. Practical Law UK Practice Note. Thomson Reuters Practical Law. – [\(https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-107-3581?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-107-3581?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (20.04.2020).
8. Dunne, N. The Role of Private Enforcement within EU Competition Law. – Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2014, Volume 16, lk 143-187.
9. Eichhorn, K. H., Ginter, C. Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioigus. Tallinn, Brüssel: Juura 2007.
10. Ezrachi, A. EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases. Oxford: Hart Publishing 2018.
11. Frolov, R. Keelatud koostöö ettevõtjate vahel. Euroopa Ühenduse õigus ja Eesti konkurentsioigus. – Juridica 2003/VI, lk 391-399.
12. Frolov, R. Konkurensi kahjustav teabevahetus: reeglid ja Eesti praktika. – Juridica III/2014, lk 209-220.
13. Ginter, C., Härginen, K. Sisetehingu reegel riigihankeõiguses. Jäätmeveo ja -käitluse näide. – Juridica I/2016, lk 3-12.
14. Gomez, L. jt. A warning shot across the bows of global competition law compliance programmes: antitrust scrutiny of joint bidding arrangements around the world. – European Competition Law Review 2018, 39(10), lk 430-435.

15. Jones, A., Sufrin, B. EU Competition Law. Text, Cases, and Materials. New York: Oxford University Press 2011.
16. Jones, A., Sufrin, B. EU Competition Law: Text, Cases and Materials. New York: Oxford University Press 2016.
17. Kjær-Hansen, E., Alsing, J. Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law. – Journal of European Competition Law & Practice 2019, Vol. 10, No. 4, lk 241-245.
18. Koroljov, D. Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest konkurentsieelise tõttu. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2019.
19. Lane, R. Competition law. – International and Comparative Law Quarterly 2012, Volume 61, Issue 4, lk 991-1005.
20. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
21. Moldén, R. Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective – Some Proposals for Better Interaction. – Europarättslig tidskrift 2012, nr 4, lk 557-615.
22. Nourry, A., Harrison, D. Transactions and practices: EU Joint ventures. Practical Law UK Practice Note. Thomson Reuters Practical Law. – [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-3702?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_pageContainer](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-3702?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_pageContainer) (20.04.2020).
23. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – Juridica 2007/VIII, lk 564-572.
24. Ritter, C. Joint Tendering Under EU Competition Law. – SSRN 01.02.2017. <https://ssrn.com/abstract=2909572> (16.04.2020).
25. Saar, K. Kas Eesti riigihangete reeglid põhjustavad konkurentsimoonusi? Hankemenetluse otsuste vaidlustamise probleemid. – Juridica VII/2014, lk 423-432.
26. Sànches Graells, A. Competition and Public Procurement. – Journal of European Competition Law & Practice 2018, Vol. 9, No. 8, lk 551-559.
27. Sànches Graells, A. Public Procurement and the EU Competition Rules. Second Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2015.
28. Sànches Graells, A. Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing? – Journal of European Competition Law & Practice 2018, Vol. 9, No. 3, lk 161-163.
29. Schütze, R. An Introduction to European Law Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press 2015.
30. Simovart, M. A., Koroljov, D. Ettevõtja kõrvaldamine riigihankest turu-uuringus osalemise tõttu. – Juridica VII/2019, lk 483-497.

31. Simovart, M. A., Parind, M. (koost). Riigihangete seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2019.
32. Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica II/2012, lk 83-89.
33. Thomas, C. Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law. – Journal of European Competition Law & Practice 2015, Vol. 6, No. 9, lk 629-638.
34. Trepte, P. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide. Second Edition. New York: Oxford University Press 2007.
35. Twigg-Flesner, C. (koost). The Cambridge Companion to European Union Private Law. New York: Cambridge University Press 2010.
36. Whish, R., Bailey, D. Competition Law Seventh Edition. New York: Oxford University Press 2012.

Kasutatud õigusaktid

Eesti õigusaktid

37. Karistusseadustik. – RT I, 19.03.2019, 30.
38. Konkurentsiseadus. – RT I, 13.03.2019, 92.
39. Riigihangete seadus. – RT I, 25.10.2016, 20.
40. Riigihangete seadus. – RT I, 13.03.2019, 145.

Euroopa Liidu õigusaktid

41. Euroopa Majandusühenduse asutamisleping (EMÜ leping). – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023> (10.04.2020).
42. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid (2016/C 202/01). – ELT C 202, 07.06.2016, lk 1-388.
43. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/23 kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64.
44. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/24 riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 65-242.

45. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26.02.2014. a direktiiv (EL) nr 2014/25 milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 243-374.
46. Euroopa Ühenduse asutamisleping. – EÜT C 325, 24.12.2002, lk 33-184.
47. Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003, 16. detsember 2002, asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta. – ELT L 1, 04.01.2003, lk 1-25.

Kasutatud kohtupraktika

Euroopa Liidu kohtute lahendid

Euroopa Kohtu lahendid

48. EKo C-89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö ja teised versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1993:120.
49. EKo C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2004:6.
50. EKo C-67/96, *Albany International BV versus Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430.
51. EKo C-28/95, *A. Leur-Bloem versus Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ECLI:EU:C:1997:369.
52. EKo C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. jt versus Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.
53. EKo C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL versus Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734.
54. EKo C-538/07, *Assitur Srl versus Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317.
55. EKo C-22/71, *Béguelin Import Co. versus S.A.G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113.
56. EKo C-209/07, *Competition Authority versus Beef Industry Development Society Ltd ja Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643.
57. EKo C-343/95, *Diego Calì & Figli Srl versus Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, ECLI:EU:C:1997:160.
58. EKo C-56/64, *Établissements Consten S.à.R.L. ja Grundig-Verkaufs-GmbH versus Euroopa Majandusühenduse Komisjon*, ECLI:EU:C:1966:41.

59. EKo C-35/96, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Itaalia Vabariik*, ECLI:EU:C:1998:303.
60. EKo C-12/03 P, *Euroopa Ühenduste Komisjon versus Tetra Laval BV*, ECLI:EU:C:2005:87.
61. EKo C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2006:453.
62. EKo C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner versus Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.
63. EKo C-551/03 P, *General Motors BV versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2006:229.
64. EKo C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2009:610.
65. EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2014:2204.
66. EKo C-399/93, *H. G. Oude Luttikhuis ja teised versus Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, ECLI:EU:C:1995:434.
67. EKo C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1972:70.
68. EKo C-7/95 P, *John Deere Ltd versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1998:256.
69. EKo C-41/90, *Klaus Höfner ja Fritz Elser versus Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.
70. EKo C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA ja Leitschutz Handels- und Montage GmbH versus Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ECLI:EU:C:1999:420.
71. EKo C-96/82, *NV IAZ International Belgium ja teised versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1983:310.
72. EKo C-3/04, *Poseidon Chartering BV versus Marianne Zeeschip VOF ja teised*, ECLI:EU:C:2006:176.
73. EKo C-56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) versus Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38.
74. EKo C-194/99 P, *Thyssen Stahl AG versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:2003:527.
75. EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.

76. EKo C-373/14, *Toshiba Corporation versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:C:2016:26.
77. EKo C-43/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, ja Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, versus Euroopa Ühenduste Komisjon*; ECLI:EU:C:1984:9.
78. EKo C-73/95 P, *Viho Europe BV versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:C:1996:405.

Üldkohtu lahendid

79. EÜKo T-41/96, *Bayer AG versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2000:242.
80. EÜKo T-21/99, *Dansk Rørindustri A/S versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2002:74.
81. EÜKo T-360/09, *E.ON Ruhrgas AG ja E.ON AG versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2012:332.
82. EÜKo T-374/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, varem European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) ja Société nationale des chemins de fer français (SNCF) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1998:198.
83. EÜKo T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2006:265.
84. EÜKo T-112/07, *Hitachi Ltd, Hitachi Europe Ltd ja Japan AE Power Systems Corp. versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2011:342.
85. EÜKo T-472/13, *H. Lundbeck A/S ja Lundbeck Ltd versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2016:449.
86. EÜKo T-17/93, *Matra Hachette SA versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1994:89.
87. EÜKo T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom ja Télévision française 1 SA (TF1) versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2001:215.
88. EÜKo T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:2006:116.
89. EÜKo T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV versus Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECLI:EU:T:1991:75.
90. EÜKo T-519/09, *Toshiba Corp. versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2014:263.

91. EÜKo T-461/07, *Visa Europe Ltd ja Visa International Service versus Euroopa Komisjon*, ECLI:EU:T:2011:181.

Eesti Vabariigi kohtute lahendid

92. RKKKo 3-1-1-12-11.
93. TlnHKo 21.06.2016, 3-16-924.

EFTA lahend ning Skandinaavia maade konkurentsiametite ja kohtute lahendid

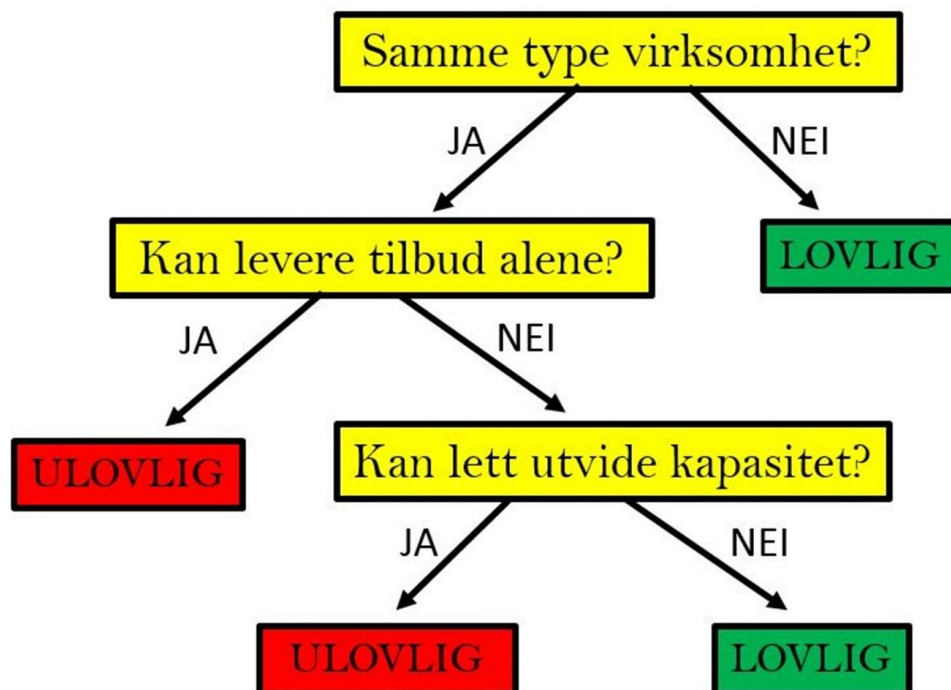
94. EFTA Court. Judgment of the Court E-3/16EFTA, 22.12.2016. – https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2019/01/3_16_Judgment_EN.pdf (18.04.2020).
95. Højesterets Dom, 191/2018, 27.11.2019. – <http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Documents/191-18.pdf> (16.04.2020).
96. Konkurransklagenemnda, 2018/112 og 2018/113, 31.08.2018. – <https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/2018/11/2018-112-og-2018-113-Konkurransklagenemndas-vedtak-offentlig-versjon.pdf> (16.04.2020).
97. Konkurransetilsynet, V2017-21, 04.09.2017. – https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/2014-0192-153-vedtak-v2017-21-offentlig-versjon-el-proffen-as_ep-contracting-as-lysteknikk-1-2.pdf (17.04.2020).
98. Sø- og Handelsretten, U-2-16 og U-3-16, 27.08.2018. – <https://www.kfst.dk/media/51130/u2i16ogu3i16.pdf> (17.04.2020).
99. Stockholms Tingsrätt, T 18896-10, 21.01.2014. – <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/read-the-judgment-t-18896-10-in-swedish-18mb.pdf> (12.04.2020).
100. The Supreme Court of Norway, HR-2017-1229-A, 2015/203, 22.06.2017. – <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-1229-a-tender-cooperation-eng.-ferdig.pdf> (12.04.2020).

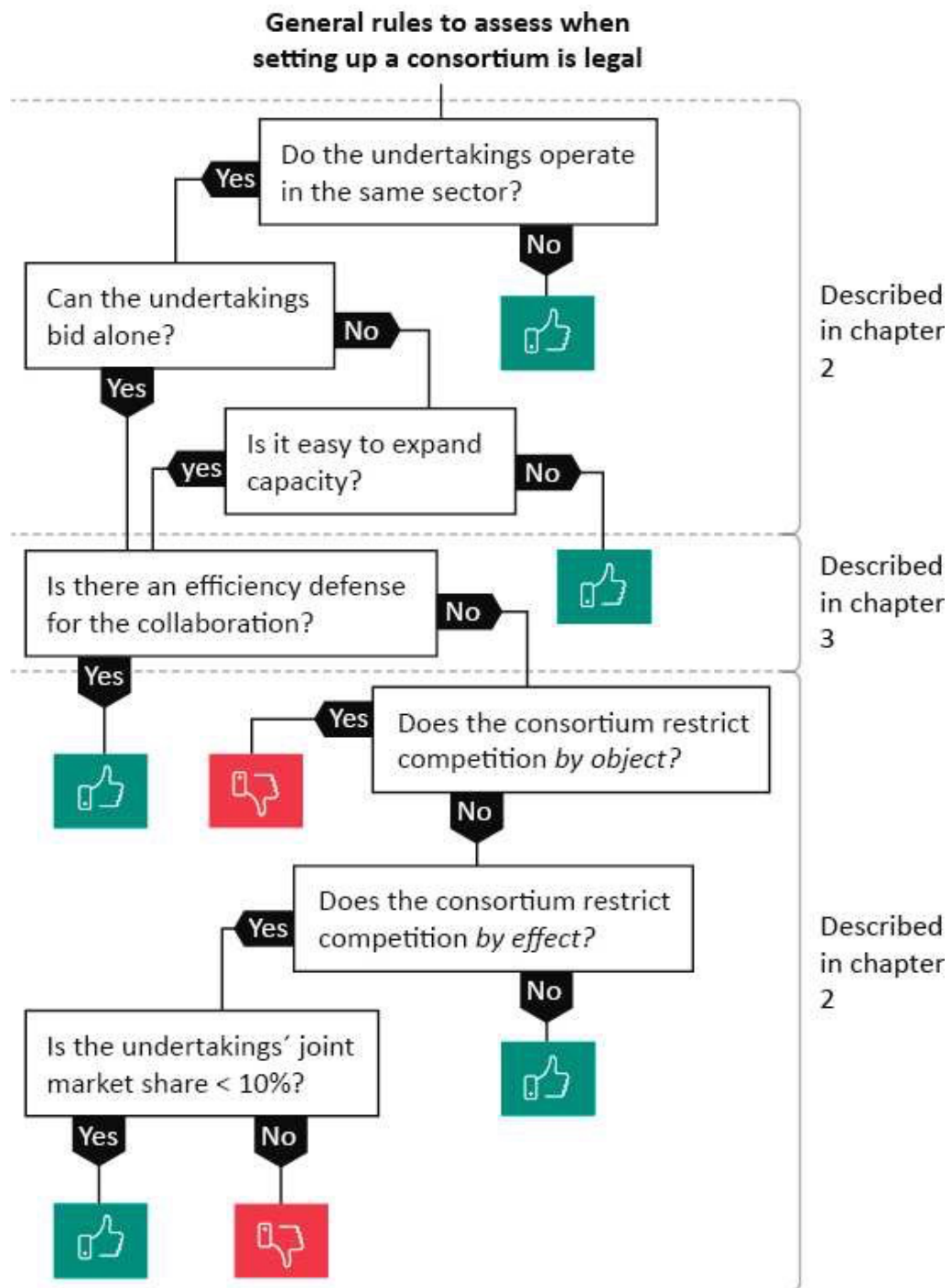
Muud allikad

101. Commission Decision 90/446/EEC of 27 July 1990 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.688 - Konsortium ECR 900). – EÜT L 228, 22.08.1990, lk 31-34.

102. Commission Decision 2000/182/EC of 14 September 1999 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty (Case IV/36.213/F2 - GEAE/P & W). – EÜT L 58, 03.03.2000, lk 16-29.
103. Commission staff working document. Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Accompanying the document: Communication from the Commission. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice). Brüssel, 25.06.2014, SWD(2014) 198 final. – https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (18.04.2020).
104. Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty. – ELT C 101, 27.04.2004, lk 97-118.
105. Danish Competition and Consumer Authority. Joint bidding under competition law. Guidelines, 17.01.2019. – <https://www.en.kfst.dk/vejledninger/kfst/engelsk/2019/20190117-joint-bidding-under-competition-law/> (19.04.2020).
106. Eesti alaline esindus OECD ja UNESCO juures. – <https://oecd.mfa.ee/et/> (18.04.2020).
107. EK C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:110, kohtujurist J. Kokotti ettepanek.
108. Euroopa e-õiguskeskonna portaal. – https://e-justice.europa.eu/content_international_case_law-150-et.do (18.04.2020).
109. Komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses 97/C 372/03. – EÜT C 372, 09.12.1997, lk 5-13.
110. Komisjoni teatis – Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes 2011/C 11/0. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72.
111. Komisjoni teatis – Teatis vähetähtsate kokkulepete kohta, mis ei piira märgatavalt konkurentsi Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 lõike 1 kohaselt (de minimis). – ELT C 291, 30.08.2014, lk 1-4.
112. Norra konkurentsiameti kodulehekülg. – <https://konkurransetilsynet.no/illegal-competition/prosjektsamarbeid/?lang=en> (19.04.2020).

113. OECD. Juhend pakkumismahhinatsioonidega võitlemiseks riigihangete läbiviimisel. – https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/recommendationonfightingbidrigging2012_et.pdf (18.04.2020). –
114. Rahandusministeeriumi kodulehekülg. Kasulik teave. – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave> (19.04.2020). –
115. Rahandusministeeriumi kodulehekülg. Korduma kippuvad küsimused. – <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/1023> (19.04.2020). –
116. Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2007. – <https://www.digar.ee/arhiiv/et/raamatud/11844> (19.04.2020). –
117. Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014. – https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhised.pdf (19.04.2020). –
118. Teabelehed Euroopa Liidu kohta. – <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/et/sheet/169/euroopa-majanduspiirkond-emp-sveits-ja-pohjapoolsed-riigid> (19.04.2020). –





²⁸¹ Danish Competition and Consumer Authority. Joint bidding under competition law. Guidelines, 17.01.2019. – <https://www.en.kfst.dk/vejledninger/kfst/engelsk/2019/20190117-joint-bidding-under-competition-law/> (19.04.2020), lk 8.

LISA 3

